



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## TESIS DOCTORAL

# La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos

**Autor:**

**Elisa Uría Gavilán**

**Director/es:**

Dra. Ana Manero Salvador

Dr. Carlos Fernández Liesa

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO,  
ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**

Getafe, mayo de 2017



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## TESIS DOCTORAL

### TÍTULO DE LA TESIS

**Autor:** (Nombre y apellidos)

Director/es: (Nombre y apellidos)

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi directora, Ana Manero Salvador, por confiar en mí desde el primer instante en que nos conocimos, y por convertirse en un referente de investigación de Derecho Internacional. No olvidaré la mano que me tendió en aquella cafetería de Valladolid ni su cariño y su apoyo en los momentos más duros de este proyecto, que tuvo un difícil comienzo debido a varios meses de convalecencia.

A mi director, Carlos Fernández Liesa, por su ánimo, su fuerza y sus valiosos consejos, desde su gran experiencia en el Derecho Internacional Público, y por su rigor y compromiso con la excelencia en cada término empleado.

A mis compañeros del área de Derecho Internacional Público, y muy especialmente, a Montserrat Abad, Daniel Oliva y Jose Escribano, por su cariño, su estímulo y su apoyo. Al jefe del departamento, Óscar Celador, por la confianza depositada en mí para el ejercicio de la docencia. A mis compañeros del “grupo mixto”, con quienes he compartido tantas comidas y conversaciones en la Universidad, por acogerme con los brazos abiertos.

Al Profesor Bruno de Witte, que me abrió las puertas para realizar una estancia de investigación en el Instituto Europeo de Florencia, por los inestimables consejos que me dio tanto para esta tesis doctoral como para mi carrera académica. Al Profesor Giuseppe Martinico, por su interés en este proyecto y su disponibilidad para ayudarme.

A la Fundación La Caixa, por la concesión de una beca para la elaboración de esta tesis y por la diligencia y la transparencia con la que se desarrolló todo el proceso de selección.

Al personal de la Biblioteca Nacional, por su extraordinaria profesionalidad, y por convertir el edificio más bonito de Madrid en un auténtico templo de inspiración.

A Marta y a Adriana, por su compañerismo y por su compromiso inquebrantable con la investigación y con la defensa de los derechos humanos.

A mis compañeros de CCEuropa, por tantas conversaciones y debates sobre la Unión Europea y por ayudarme a “repensar” siempre todo.

A mis alumnos, por contagiarme sus ganas y su energía, porque han llegado a pensar que soy yo la que les enseña a ellos, y es al revés.

A la música de Ludovico Einaudi, por convertirse en la banda sonora de cientos de horas de investigación y redacción de esta tesis.

A mis amigos, por confiar tanto en mí y ser un pilar fundamental en los buenos y malos momentos de esta tesis, y de todo.

A mi familia, a la que nunca tendré suficientes palabras para expresar el agradecimiento que siento. A mi madre, un ejemplo de valentía, por enseñarme a luchar por lo que quiero y por inculcarme el sentido de la justicia. A mi padre, por transmitirme su pasión por la docencia y su sensibilidad hacia el mundo académico. A mis tíos Quique y Rosa, por su apoyo incondicional y sus consejos de valor incalculable para esta tesis, y para la vida. A mi tía Zarza, por ayudarme siempre a desarrollar espíritu crítico. A mi primo Guille, por su apoyo. A mis hermanos, Poti, Marga y Merce, y mi cuñada Almu, por su confianza. A mis tíos Ana, Isabel y Ricardo, por acogerme con tanto cariño siempre que lo he necesitado. A mis sobrinos, Isabel, Juan, Leopoldo, Lola y Margarita, por ser el motor que me inspira a ser profesora y a querer construir un mundo mejor.

*“Il n'y aura pas de paix sur  
cette planète tant que les droits  
de l'homme seront violés en  
quelque partie du monde que ce  
soit“*

René Cassin

Elisa Uría Gavilán has received financial support through “la Caixa” Fellowship Grant for *Post-Graduate Studies*, “la Caixa” Banking Foundation, Barcelona, Spain.

## ABREVIATURAS

AGNU.....	Asamblea General de Naciones Unidas
CDDH.....	Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa
CEDH .....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CJEU.....	Court of Justice of the European Union
CDFUE .....	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
DOUE .....	Diario Oficial de la Unión Europea
ECLI .....	European Case Law Identifier
ECtHR .....	European Court of Human Rights
EEMM .....	Estados miembros de la Unión Europea
ELSJ .....	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia
GATT .....	Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y comercio
OMC .....	Organización Mundial del Comercio
PAA .....	Proyecto de Acuerdo de Adhesión
PE .....	Parlamento Europeo
PESC.....	Política Exterior y de Seguridad Común
TC .....	Tribunal Constitucional
TEDH .....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE .....	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE .....	Tratado de la Unión Europea
UE.....	Unión Europea

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
<b>PRIMERA PARTE: EL MARCO TEÓRICO DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>16</b>
Introducción a la Primera Parte: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Unión Europea.....	17
<b>CAPÍTULO I: LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ADHESIÓN.....</b>	<b>34</b>
1.1.Las primeras propuestas sobre la adhesión: de 1973 a 1990 .....	34
1.1.1. Las primeras declaraciones políticas ante el silencio de los Tratados.....	34
1.1.2. El Informe de la Comisión Europea de 1976 .....	37
1.1.3. El Memorándum de la Comisión Europea de 1979.....	41
1.1.4. Las resoluciones del Parlamento Europeo en referencia a la adhesión (1976-1989).....	48
1.2. El debate sobre la aplicación de la teoría de la sucesión a la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	52
1.2.1. El marco jurídico de la teoría de la sucesión funcional .....	53
1.2.2. El análisis de la aplicación de la teoría de sucesión funcional al Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	58
1.2.2.1. Los requisitos establecidos por el TJUE en el caso <i>International Fruit Company</i> .....	59
1.2.2.2. La postura del TJUE y los debates doctrinales respecto a la aplicación de la teoría de la sucesión funcional al CEDH.....	63
1.3. El Dictamen 2/94 .....	67
1.3.1. El camino hacia la solicitud del Dictamen: la comunicación de la Comisión de 1990 .....	67
1.3.2. El contenido del Dictamen 2/94 .....	69
1.3.2.1. La admisibilidad de la solicitud del dictamen .....	70



1.3.2.2. La competencia de la Comunidad Europea para suscribir el acuerdo.....	74
1.3.3. Los debates doctrinales en torno al Dictamen 2/94.....	80
1.4. La doble base jurídica necesaria para la adhesión.....	85
1.4.1. Perspectiva de la Unión Europea: el Tratado de Lisboa.....	85
1.4.1.1. La introducción del mandato de adhesión en el artículo 6.2 del TUE.....	85
1.4.1.2. El procedimiento de adhesión: el artículo 218 del TFUE .....	87
1.4.2. Perspectiva del Consejo de Europa: el Protocolo nº 14.....	91
1.5. La convergencia de ambos bloques: el proceso de negociación que culminó en el proyecto de instrumentos de adhesión de 2013 .....	95
<b>CAPÍTULO II: FUNDAMENTO JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA ADHESIÓN</b> .....	102
Introducción: los tres argumentos que justifican la adhesión.....	102
2.1. El sometimiento de la actividad de la Unión Europea a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo .....	104
2.1.1. Situación actual de incompetencia <i>ratione personae</i> del Tribunal de Estrasburgo sobre la actividad de la Unión Europea.....	105
2.1.1.1. Normas de Derecho primario: el caso <i>Matthews</i> .....	110
2.1.1.2. Normas de Derecho derivado en que los Estados no intervienen: los casos <i>Connolly</i> y <i>Senator Lines</i> .....	115
2.1.1.3. Normas de Derecho derivado en que los Estados intervienen sin margen de apreciación: la presunción de protección equivalente y los casos <i>M &amp; Co</i> y <i>Bosphorus</i> .....	119
2.1.1.4. Normas de Derecho derivado en que los Estados miembros intervienen con margen de apreciación: los casos <i>Procola</i> , <i>Cantoni</i> y <i>Michaud</i> .....	126
2.1.2. La necesidad de un control externo por parte del Tribunal de Estrasburgo sobre la actividad de la Unión Europea.....	132
2.2. Incremento de la coherencia normativa y jurisdiccional.....	139
2.2.1. La coherencia como presupuesto para la seguridad jurídica .....	139
2.2.2. Coherencia normativa: la relación entre la Carta y el Convenio .....	143

2.2.2.1. La disposición clave: el artículo 52.3 de la Carta.....	146
2.2.2.2. La interpretación de los derechos coincidentes en la Carta y en el Convenio en virtud del artículo 52.3 de la Carta .....	149
2.2.3. Coherencia jurisdiccional entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	157
2.2.3.1. La relación entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo antes de la adhesión.....	158
2.2.3.1.1. Una historia de cooperación y enfrentamiento .....	158
2.2.3.1.2. El enriquecimiento mutuo entre ambos tribunales .....	162
2.2.3.1.3. Una frágil armonía desprovista de un marco normativo .....	164
2.2.3.2. Cómo la adhesión transformaría la relación entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo .....	169
2.2.3.2.1. Atenuación de las diferencias entre sus respectivas jurisprudencias. ....	169
2.2.3.2.2. Fortalecimiento del diálogo entre ambos tribunales.....	172
2.2.3.2.3 Transformación de la presunción de protección equivalente “ <i>Bosphorus</i> ” .....	173
2.3 Reforzamiento de la legitimidad jurídica y política de la integración europea.....	178
2.3.1. Legitimidad jurídica .....	178
2.3.2. Legitimidad política <i>ad intra</i> y <i>ad extra</i> .....	181
<b>SEGUNDA PARTE: LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</b> .....	189
Introducción a la Segunda Parte: el Dictamen 2/13 como eje vertebrador de los problemas jurídicos que plantea la adhesión.....	190
<b>CAPÍTULO III: LOS PROBLEMAS REFERENTES A LAS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS Y A LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN</b> .....	194
3.1. Marco conceptual: las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión .....	194
3.1.1. La especificidad y la autonomía .....	195

3.1.2. Definición de autonomía en su dimensión interna y externa.....	196
3.1.3. La autonomía en su faceta externa .....	201
3.2. La falta de coordinación entre el artículo 53 de la Carta y el artículo 53 del Convenio .....	203
3.2.1. El artículo 53 de la Carta y del artículo 53 del Convenio.....	203
3.2.2. La interpretación del artículo 53 de la Carta: el asunto <i>Melloni</i> .....	204
3.2.3. Una objeción inesperada.....	208
3.3. El peligro de vulneración del principio de confianza mutua .....	211
3.3.1. La preocupación del Tribunal de Justicia en relación al principio de confianza mutua .....	211
3.3.2. Las raíces jurisprudenciales de la objeción del Tribunal: los casos de asilo..	213
3.3.3. El difícil acomodo de esta objeción desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos .....	218
3.4. La falta de articulación entre el mecanismo de consulta del Protocolo nº 16 y el procedimiento de cuestión prejudicial.....	225
3.4.1. El Protocolo nº 16 y el temor del Tribunal de Luxemburgo .....	225
3.4.2. Una objeción artificial .....	227
3.4.3. Dos opciones: restricción del alcance del Protocolo nº 16 o solución interna a la luz del Derecho de la Unión .....	231
<b>CAPÍTULO IV: LOS PROBLEMAS REFERENTES A LA EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE LA UNIÓN .....</b>	<b>235</b>
4.1. Marco conceptual: la exclusividad de la jurisdicción del TJUE .....	235
4.2. Las demandas interestatales: el conflicto con el artículo 344 TFUE .....	237
4.2.1. La colisión del artículo 33 del Convenio con el artículo 344 TFUE.....	237
4.2.2. La relación entre esta objeción y el caso <i>Comisión contra Irlanda (MOX Plant)</i> .....	240
4.2.3. Posibles soluciones a este conflicto.....	244
4.3. La responsabilidad de la Unión y los Estados miembros ante el Tribunal de Estrasburgo: el mecanismo del codemandado.....	248

4.3.1. El mecanismo del codemandado: concepto, génesis y regulación .....	248
4.3.2. Las tres objeciones del Tribunal respecto al mecanismo del codemandado ..	253
4.3.2.1 La decisión del TEDH sobre la solicitud de personarse como codemandado .....	253
4.3.2.2. La condena a un Estado miembro por violación de una disposición respecto de la cual hubiese realizado una reserva .....	255
4.3.2.3. La decisión del TEDH en cuanto a la responsabilidad individual de demandado o codemandado.....	256
4.4. El procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia .....	260
4.4.1. El procedimiento de intervención previa: concepto, génesis y regulación.....	260
4.4.2. Objeciones del Tribunal en cuanto al procedimiento de intervención previa	265
4.4.2.1 La activación del procedimiento de intervención previa.....	265
4.4.2.2. El ámbito material del procedimiento de intervención previa.....	267
4.5. El control jurisdiccional en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).....	272
4.5.1. La limitada jurisdicción de los tribunales de la Unión en la PESC.....	272
4.5.2. Las alegaciones de la Comisión Europea y los Estados miembros en referencia a la jurisdicción en materia PESC .....	276
4.5.3. La propuesta de la Abogada General Kokott: el papel de los tribunales nacionales en la tutela judicial de la PESC .....	280
4.5.4. El temor del Tribunal a otorgar la jurisdicción “exclusiva” sobre la PESC al TEDH .....	283
4.5.5. El difícil acomodo de esta objeción.....	289
<b>CAPÍTULO V: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA TRAS EL DICTAMEN 2/13 .....</b>	<b>292</b>
5.1. Reflexiones a la luz del Dictamen 2/13 .....	292
5.1.1. La salvaguardia del ordenamiento jurídico de la Unión en detrimento de la protección de los derechos humanos .....	292

5.1.1.1. Utilización de retórica “constitucionalista” y de la naturaleza <i>sui generis</i> de la Unión .....	292
5.1.1.2. La expansión del concepto de autonomía.....	296
5.1.1.3. Implicaciones de esta concepción de autonomía para la relación del Derecho de la Unión con el Derecho Internacional.....	300
5.1.1.4. La elevación de la autonomía sobre el mandato de adhesión y la protección del individuo .....	306
5.1.2. La defensa por parte del Tribunal de su propia posición.....	313
5.1.2.1. Una decisión jurídica y política .....	313
5.1.2.2. Una argumentación insuficiente y poco posibilista.....	316
5.2. Consecuencias del Dictamen 2/13 .....	321
5.2.1 Impacto del Dictamen 2/13 sobre el proceso de adhesión: <i>Quo vadis?</i> .....	321
5.2.1.1 Posibles vías tras un dictamen negativo .....	321
5.2.1.1.1 Revisión de los Tratados .....	323
5.2.1.1.2. Modificación del acuerdo de adhesión .....	326
5.2.1.1.3 La tercera vía: otras propuestas .....	333
5.2.2. Impacto del Dictamen 2/13 sobre la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa.....	336
5.2.2.1 El triángulo judicial europeo .....	336
5.2.2.2. Implicaciones del Dictamen 2/13 para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	339
5.2.2.2.1. La “decepción” de Estrasburgo .....	339
5.2.2.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el Dictamen 2/13: la sentencia <i>Avotins</i> .....	341
5.2.2.3. Implicaciones del Dictamen 2/13 para los tribunales nacionales .....	349
5.2.2.3.1 El temor a la “rebelión” de los tribunales superiores de los Estados miembros .....	349
5.2.2.3.2. La decisión del Tribunal Constitucional alemán “ <i>Solange III</i> ” .....	352
5.2.2.3.3 Otros ejemplos de contestación de tribunales nacionales.....	358

5.2.2.4 Implicaciones del Dictamen 2/13 para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	363
5.2.2.4.1 Referencias del Tribunal de Justicia de la Unión al Convenio y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el Dictamen 2/13 .....	363
5.2.2.4.2 Posición más garantista del Tribunal de Justicia de la Unión en ciertos ámbitos tras el Dictamen 2/13 .....	365
5.2.2.4.3 La falta de uniformidad en la evolución garantista del Tribunal de Justicia .....	374
CONCLUSIONES.....	381
CONCLUSIONS .....	389
ABSTRACT .....	396
BIBLIOGRAFÍA .....	404
FUENTES JURISPRUDENCIALES .....	447
FUENTES NORMATIVAS Y DOCUMENTALES .....	456
ANEXOS.....	462
ANEXO I. PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ADOPTADO EL 5 DE ABRIL DE 2013.....	463
ANEXO II. DICTAMEN 2/13 .....	472

## INTRODUCCIÓN

Esta tesis doctoral ha sido redactada en un momento histórico de cambios, en el que la palabra “crisis” ha adquirido mayor protagonismo que ninguna otra. Crisis económica, crisis financiera, crisis de refugiados, crisis de confianza de los ciudadanos en las instituciones y un largo etcétera nos acechan. El mundo está viviendo cambios drásticos que, en muy poco tiempo, están reconfigurando el equilibrio y los mimbres tejidos tras la Segunda Guerra Mundial. En este contexto, la Unión Europea también se halla en uno de los momentos más delicados de su historia. A la larga lista de crisis a las que debe hacer frente - como las derivas autoritarias en Hungría y en Polonia, los movimientos euroescépticos o la crisis migratoria - se une un hecho sin precedentes: la salida de uno de sus 28 Estados miembros, el Reino Unido, en el proceso popularmente conocido como *Brexit*. Parece que nos encontramos ante tiempos “interesantes”, como diría la célebre maldición china. Es, precisamente, en los períodos más críticos cuando existe un mayor riesgo de vulneración de los derechos fundamentales y es, consecuentemente, cuando su protección se torna más apremiante<sup>1</sup>. Si el siglo XX ha sido calificado, desde la óptica internacional, como “el siglo de los derechos humanos”<sup>2</sup>, no podemos dar por sentado todos los avances conseguidos en esta época histórica.

Con este telón de fondo, la presente tesis doctoral tiene como objeto investigar el marco teórico y los problemas jurídicos que entraña la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>3</sup>. Este importantísimo tratado internacional se

---

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, las vulneraciones del derecho de asilo o del derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes producidas durante la actual crisis de refugiados, como denuncia la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en su “Informe Lesbos: zona cero del derecho al asilo”, disponible en: <http://www.cear.es/tag/derecho-de-asilo-amenazado/> (último acceso: 4 de mayo de 2017). Véase también el riesgo de vulneración de derechos económicos, sociales y culturales por la crisis económica y financiera, como explica MANERO SALVADOR, A. “El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional”, *Fundación Alternativas, Estudios de progreso*, 75/2013, Madrid.

<sup>2</sup> DÍAZ BARRADO, C.M. “La dispersión y sectorialización de los derechos humanos en la Unión Europea” en AZNAR GÓMEZ, M.J. (ed. lit.), CARDONA LLORENS, J. (ed. lit.), PUEYO LOSA, J.A. (ed. lit.), RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (ed. lit.), SOBRINO HEREDIA, J. M. (ed. lit.), PÉREZ GÓMEZ, M. (hom.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Vol I, 2012, pp. 1453-1474.

<sup>3</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y entró en vigor el 21 de septiembre de 1970. A lo largo de este trabajo, nos referiremos a este tratado internacional como “Convenio Europeo de Derechos Humanos”, “Convenio de Roma” o simplemente “el Convenio”. También emplearemos las siglas “CEDH”.

erige desde hace décadas como una “brújula” para la Unión Europea<sup>4</sup>, y más aún en tiempos convulsos como los actuales<sup>5</sup>. La idea de que esta organización internacional sea parte contratante de este Convenio se remonta a la década de los setenta del siglo pasado, como veremos en el Capítulo I de este trabajo. La complejidad que entraña este proyecto a nivel político y, sobre todo, jurídico, se hace patente por el hecho de que fue propuesto por primera vez por la Comisión Europea en 1979 y después de más de tres décadas, aún no es una realidad<sup>6</sup>. En este sentido, Araceli Mangas y Diego Liñán hablan de “la ansiada y nunca alcanzada” adhesión de la Unión al CEDH<sup>7</sup>.

Podríamos decir que la complejidad de este proyecto es proporcional a la trascendencia del mismo<sup>8</sup>. También por esta razón se convierte en un fascinante objeto de estudio. En efecto, la adhesión es un tema tradicional de disertación en el Derecho Europeo, que ha tenido un seguimiento desigual por parte de la doctrina y de las instituciones a lo largo de la Historia. Si bien ha habido épocas en las que ha pasado desapercibido, ha recobrado una fuerza extraordinaria en determinados hitos de la integración europea, como la publicación del Dictamen 2/94, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa o la publicación del Dictamen 2/13<sup>9</sup>. En este sentido, el profesor Bruno De Witte compara la adhesión con

---

<sup>4</sup> “(La Convention) dans son rôle de *boussole de l’Union européenne*”, COUTON, L. “L’hypothèse du dépassement du standard conventionnel”, en PICHERAL, C. et COUTON, L. (Dir.) *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 23.

<sup>5</sup> Cabe señalar que no son sólo tiempos difíciles para la Unión Europea, sino también para el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por un lado, en el seno del partido conservador británico, hay propuestas para desvincularse del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véase el Informe “protecting human rights in the UK” de octubre de 2014, disponible en <http://readinglists.ucl.ac.uk/items/0228C3DC-4B76-311C-DEF7-0F12767A4F0B.html> (último acceso: 4 de mayo de 2017). Por otro lado, estamos ante una situación insólita en la que dos miembros del Consejo de Europa, Francia y Turquía, han decretado el Estado de excepción y han aplicado el artículo 15 del Convenio, que permite, en caso de guerra u otro peligro público, derogar las obligaciones previstas en el CEDH, salvo ciertos derechos que son inderogables.

<sup>6</sup> Escribía Fernández Tomás allá en 1985: “Si en 1980 todo parecía predecir una rápida adhesión, en enero de 1985 da la impresión de que la adhesión si finalmente se produce, puede tardar aún”. Este autor no iba muy desencaminado. Han pasado más de treinta años desde aquella afirmación y la adhesión aún no se ha producido. Es más, sus palabras cobran todo el sentido en 2017, cuando podemos seguir sosteniendo “si la adhesión finalmente se produce, puede tardar aún”, FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *RIE*, 1985/3, pp. 33 y ss, p.19.

<sup>7</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012, p.126.

<sup>8</sup> Como señala uno de los grandes expertos en esta materia, Johan Callewaert, la importancia de la adhesión para la cultura jurídica europea no puede ser subestimada, ya que lo que está en juego en el largo plazo es la propia noción de derechos fundamentales a los que las democracias de Europa se han ido adhiriendo desde la Segunda Guerra Mundial. CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads”, *Journal Européen des droits de l’homme*, 2014, p.497.

<sup>9</sup> Conviene apuntar que se trata de un tema de estudio y de debate tan atractivo que Jean-Paul Jacqué ha llegado a afirmar: “Accession of the European Union to the Convention will unfortunately deprive



el monstruo del Lago Ness, que emerge con fuerza a la superficie de vez en cuando y después desaparece de la agenda europea<sup>10</sup>.

Una de las razones de la fascinación de la doctrina por esta cuestión reside - más allá de sus importantísimas implicaciones para la protección de los derechos humanos - en que se configura como un caso de laboratorio jurídico. Ciertamente, la adhesión ha servido, a lo largo de estas décadas, como tema eje para reflexionar sobre cuestiones conexas como las relaciones entre la Unión Europea y el Convenio de Roma, la interrelación entre el Tribunal de Justicia de la Unión<sup>11</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>12</sup> o la tutela multinivel de derechos fundamentales en el espacio jurídico europeo. Así, este tema de estudio ha servido también como catalizador de los problemas de respeto de derechos humanos por parte de la Unión Europea. Justamente, al abordar el estudio de la adhesión de la Unión al Convenio, es inevitable detectar las lagunas del ordenamiento jurídico europeo en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. Sirvan como ejemplos las divergencias de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo respecto del Tribunal de Estrasburgo en materia del derecho de asilo y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes -como veremos en el Capítulo III - o la falta de competencia del TJUE en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común - que trataremos en el Capítulo

---

academics and lawyers involved in the European legal discourse of one of their favourite topics of discussion”, JACQUÉ, J.P. “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms” *Common Market Law Review* nº 48, 2011, p.95.

<sup>10</sup> DE WITTE, B. “The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of Justice”, en POPELIER, P., VAN DE HENINNG, C., VAN NUFFEL, P. (eds) *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and the national courts*, Intersentia, 2011, p.17. En la literatura francesa, se ha hablado metafóricamente de “*serpent de mer*”, véase SZYMCZAK, D. “L’adhésion de l’Union européenne à la CEDH: Serpent de mer ou Hydre de Lerne?”, *Politeia*, 2008, p. 405.

<sup>11</sup> A lo largo de este trabajo, con la expresión “Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, “Tribunal de Luxemburgo”, o las siglas “TJUE” – incluso “jueces de Kirchberg” haciendo referencia a la ubicación física donde se encuentra el Tribunal en la ciudad de Luxemburgo - nos referimos al conjunto de órganos jurisdiccionales, ya sea de las Comunidades europeas (Tribunal de Primera Instancia, Tribunal de Justicia y Salas jurisdiccionales) o bien de la actual Unión Europea (Tribunal General, Tribunal de Justicia y Tribunales especializados).

<sup>12</sup> Conviene señalar que a lo largo de la presente tesis doctoral, para referirnos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos también emplearemos la expresión “Tribunal de Estrasburgo”, “Alta Jurisdicción de Estrasburgo” o las siglas “TEDH”. También debemos tener en cuenta que, desde 1954 hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio en 1998, los individuos no podían tener acceso directo al Tribunal sino que debían acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos – a la que haremos reiteradas referencias a lo largo de este trabajo - que analizaba la admisibilidad o no de la demanda.

IV-. El estudio de esta cuestión pone de manifiesto que, en ciertos ámbitos, “el Emperador (la Unión Europea) se encuentra desnudo”<sup>13</sup>.

Además, este tema suscita nuestro interés académico porque se trata de un proyecto trascendental tanto desde el prisma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como del Derecho de la Unión Europea. Desde la primera perspectiva, una organización internacional de carácter supranacional (con un ordenamiento específico y con una jurisdicción propia) se sometería, por primera vez, al mecanismo de control (el Tribunal de Estrasburgo) de un tratado (el Convenio) adoptado en el seno de otra organización internacional (el Consejo de Europa). De hecho, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tuvo que ser modificado para permitir a una entidad no estatal convertirse en parte contratante. Desde el punto de vista de la Unión Europea, se trataría de la primera vez que esta organización internacional abre su ordenamiento jurídico y su actividad a un escrutinio judicial externo en el área del respeto de los derechos humanos<sup>14</sup>, lo cual lleva aparejado problemas jurídico-técnicos de la mayor complejidad, que serán estudiados en la Segunda Parte de este trabajo. También queremos destacar la excepcionalidad de la Unión Europea no sólo por ser la primera organización internacional que se adheriría a este instrumento, sino también por el hecho de que no pasaría a ser un miembro de la organización internacional que alumbró aquél, el Consejo de Europa, como sí lo son en cambio las actuales 47 partes contratantes del Convenio<sup>15</sup>.

Más allá de los obstáculos políticos, que parecen haber sido superados con el acuerdo de todos los Estados miembros de la Unión para introducir una base legal para la adhesión en el Tratado de Lisboa, nos encontramos ante un laberinto jurídico con un alto nivel de

---

<sup>13</sup> KUIJPER, P.J. “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog”, ACELG Blog, 6 de enero de 2015, disponible en: <http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%e2%80%99s-acelg-blog/> (último acceso: 7 de enero de 2015).

<sup>14</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law” *EUI papers* 2016, p.14.

<sup>15</sup> Hoy no hay duda alguna de que la Unión Europea no se convertirá en miembro del Consejo de Europa, como lo asevera MARÍN AÍS, Rafa. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, p.234 o GROUSSOT, X., LOCK, T. and PECH. L “EU accession to the European Convention on Human Rights: a legal assessment of the draft accession agreement of 14 October 2011” *Fondation Robert Schuman – European issues* No. 218, 2011, 14, p.8. A este respecto, también merecen ser señaladas las palabras de la Comisión en el Memorándum de 1979 que será estudiado en el Capítulo I y en cuyo párrafo 35 establece: “The ECHR is in the formal sense not a legal act of the Council of Europe. It was, of course, drafted within the Council of Europe, and it is also true that the Convention makes use of some of the organs of the Council. From the legal point of view, however, it is an independent mechanism”. Por tanto, se marcan claramente las diferencias entre el Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

complicación. En efecto, la adhesión requiere el engranaje entre dos grandes sistemas y dos jurisdicciones que ha dado lugar a un sesudo ejercicio de “ingeniería jurídica”<sup>16</sup>. Como explica Carlos Fernández Liesa, con la adhesión de la Unión Europea al Convenio se pasará de un sistema dual a un “sistema integrado”<sup>17</sup>. Así, este proyecto abre una “caja de Pandora” de intrincadas cuestiones sustantivas y procesales cuya dificultad es reflejo de su interés como objeto de estudio.

Los negociadores del acuerdo de adhesión se vieron ante la delicada tarea de buscar un punto de equilibrio entre dos objetivos enfrentados: por un lado, debían asegurar que la Unión se adhiriera al Convenio, en la medida de lo posible, en pie de igualdad respecto al resto de partes contratantes. Por otro lado, debido a que, a diferencia de aquéllas, la Unión no es un Estado, se tuvieron que realizar ciertos arreglos jurídicos - como el mecanismo del codemandado o el procedimiento de intervención previa, que analizaremos en el Capítulo IV - para tener en cuenta tal situación especial. Sin embargo, una vez que el borrador de proyecto de adhesión fue alcanzado, colisionó con los obstáculos más difíciles: la autonomía del Derecho de la Unión y la exclusividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Es aquí donde el Dictamen 2/13<sup>18</sup> cobra un papel protagonista como eje que vertebra los problemas jurídico-técnicos a los que se enfrenta la adhesión. Éste es un punto crucial de la presente tesis doctoral, que se propone enfrentarse al desafío de averiguar hasta qué punto pueden conciliarse las objeciones expresadas por el Tribunal de Justicia de la Unión en el Dictamen sin quebrantar el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Dictamen 2/13 no sólo se configura como una piedra angular para analizar los retos jurídicos concretos a los que se enfrenta tanto la Unión como el sistema del Convenio al llevar a cabo un proyecto de tal magnitud, sino también, y sobre todo, porque trasciende la cuestión de la adhesión. Efectivamente, el Dictamen tiene importantísimas implicaciones para la naturaleza jurídica de la Unión<sup>19</sup>, la relación de este ordenamiento

---

<sup>16</sup> GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, algunas cuestiones sobre el proyecto de acuerdo relativo a la adhesión” en GOIZUETA VÉRTIZ, J., CIENFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p.84.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p.324.

<sup>18</sup> Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>19</sup> Como afirma la Abogada General Kokott en sus conclusiones: “La adhesión al CEDH que ahora se plantea es un proyecto de primera magnitud; no sólo porque, políticamente, conlleve un efecto de arrastre enorme, sino también por su envergadura constitucional” (apartado 2).

con el Derecho Internacional o con el diálogo judicial entre Tribunal de Justicia de la Unión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales nacionales en la tutela multinivel de derechos humanos, tal y como estudiaremos en el Capítulo V.

La complejidad indudable de este tema y la tentación de elevar el debate al más alto nivel de la teoría jurídica entrañan un peligro: perder de vista que, más allá de todos los aspectos formales, el objetivo último de la adhesión de la Unión al Convenio es la mejora en la protección de los derechos fundamentales<sup>20</sup>. He aquí una de las cuestiones clave en las que pretende ahondar el presente trabajo: hasta dónde se justifica la defensa acérrima de la estructura del ordenamiento jurídico de la Unión cuando la salvaguardia de los derechos fundamentales está en juego. Así, esta tesis pretende aunar perspectiva jurídica y compromiso con los derechos humanos. En este sentido, nuestro trabajo va a profundizar en el análisis de la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma con cuatro objetos primordiales: (i) examinar la necesidad de la adhesión, cuando la Unión Europea ya cuenta con un catálogo de derechos fundamentales propio y con una defensa de los mismos a través de los principios generales (ii) estudiar en profundidad los problemas técnico-jurídicos que plantea este proyecto sobre la base del Dictamen 2/13 y analizar hasta qué punto aquellos pueden ser conciliados con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (iii) explorar las vías posibles para la adhesión tras este pronunciamiento y (iv) analizar las implicaciones de este Dictamen sobre la protección de los derechos humanos en Europa.

Con el fin de alcanzar estos objetivos, la presente tesis doctoral está dividida en dos grandes partes. La primera, “el marco teórico de la adhesión”, sitúa el contexto de la integración de la Unión Europea al Convenio tanto desde un punto de vista cronológico como desde una perspectiva conceptual. Esta Primera Parte comprende los Capítulos I y II.

---

<sup>20</sup> Como asevera Bultrini: “on se rend compte qu’au-delà des aspects formels, certes pertinents, ce qui importe, en matière de droits de l’homme, c’est l’essentiel”. BULTRINI, A. “La Responsabilité des Etats Membres de l’Union européenne pour les Violations de la Convention Européenne des Droits de l’homme imputables au Système communautaire”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme* 1, 9, 2002, p. 7. En el mismo sentido, BESSELINK, L. ‘Should the European Union ratify the European Convention on Human Rights? Some remarks on the relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice’ in FØLLESDAL, A., PETERS, B. and ULFSTEIN, G. *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, 2013, pp.301-333, p.331.

El **primer capítulo** aborda los antecedentes históricos de la adhesión, esenciales para comprender el proceso de integración de la Unión en el sistema del Convenio. En primer lugar, se realizará una introducción sobre la relación entre la Unión Europea y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuadro en el que se enmarca el presente trabajo. Posteriormente, se explicarán las declaraciones políticas referentes a la protección de los derechos fundamentales que las instituciones europeas realizaron en la década de 1970 ante el silencio de los Tratados sobre esta cuestión. A continuación, se examinarán documentos de indudable valor en el camino de la adhesión, desde el Informe de la Comisión Europea de 1976, donde esta institución se manifestaba contraria a la adhesión hasta su Memorándum de 1979 donde cambiará de rumbo, y propondrá, por primera vez, la adhesión formal de la Comunidad al Convenio. Asimismo, se estudia la teoría de la sucesión, en virtud de la cual, ciertos autores consideraban, en la década de los setenta y los ochenta, que las (entonces) Comunidades Europeas se encontraban ya vinculadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos por el hecho de que los Estados miembros ya fueran partes del mismo. Posteriormente, nos adentraremos en la década de 1990, inaugurada por un documento crucial: la Comunicación de la Comisión Europea en la que instaba formalmente al Consejo a que le autorizara a comenzar las negociaciones para la adhesión. En este contexto, el Consejo decidió acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la vía consultiva, que dará como resultado el famoso Dictamen 2/94. La conclusión del Tribunal en el sentido de que la Comunidad no tenía competencia para adherirse al Convenio nos conducirá al estudio de la consecución de las dos bases jurídicas necesarias para que la adhesión pueda producirse: el artículo 6.2 del TUE y el artículo 59.2 del Convenio. Por último, una vez conseguidas estas disposiciones, abordaremos el alambicado procedimiento de convergencia entre los dos bloques (la Unión Europea y el Consejo de Europa) que dio como fruto un proyecto de instrumentos de adhesión adoptado el 5 de abril de 2013<sup>21</sup>.

El **segundo capítulo**, “fundamento jurídico y político de la adhesión”, tiene como objeto analizar el porqué de este proyecto europeo e internacionalista que ha dado lugar a

---

<sup>21</sup> Comprende: i) un proyecto de acuerdo de adhesión ii) un proyecto de declaración de la Unión Europea iii) un proyecto de norma que debería ser incluida en las reglas del Comité de Ministros relativas a la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos en los asuntos en que sea parte la Unión Europea, conocido como “proyecto de regla 18” (iv) un proyecto de memorándum de entendimiento para que la Unión pueda participar en procedimientos donde los demandados son terceros Estados asociados a determinados sectores del ordenamiento jurídico de la Unión en virtud de acuerdos internacionales específicos y v) un proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión.

tantísimos debates en la doctrina, en las instituciones y en la jurisprudencia. Tres son los pilares argumentales que ponen de manifiesto que la adhesión de la Unión al Convenio es inexcusable. La primera razón que aduciremos es la necesidad de que la actividad de la Unión sea objeto de control *directo* por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para acabar así con la impunidad de aquélla frente a esta jurisdicción. Explicamos que hasta que la Unión Europea no sea parte en el CEDH, el Tribunal de Estrasburgo no será competente *ratione personae* sobre la actividad de esta organización. Paradójicamente, el TEDH sí se ha visto confrontado con casos que implicaban Derecho de la Unión Europea y ha debido pronunciarse sobre éste de forma indirecta e incompleta. En este apartado, dividimos este tipo de asuntos en cuatro categorías y analizamos las sentencias más emblemáticas en este ámbito, como *Matthews*, *Connolly*, *Bosphorus* o *Michaud*. El segundo pilar argumental se sustentará en que la adhesión aportará una mayor coherencia normativa –entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio- y jurisdiccional – entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, lo cual redundará en una mayor seguridad jurídica y una mejor protección de los derechos individuales. Para ello, analizaremos el *status quo*, es decir, la situación antes de la adhesión. Por un lado, las relaciones entre la Carta y el Convenio se rigen por el importantísimo artículo 52.3 de la Carta, pero subsisten muchos interrogantes y un amplio debate doctrinal sobre si, en virtud de aquella disposición, el Tribunal de Luxemburgo se encuentra vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Se abordará la relación entre ambas jurisdicciones donde rige una frágil armonía y persisten importantes divergencias en sus respectivas jurisprudencias. Por último, el tercer argumento en favor de la adhesión es que incrementará la legitimidad jurídica y política de la Unión Europea tanto *ad intra*, dentro de sus fronteras como *ad extra*, fuera de ellas.

La Segunda Parte, comprendida por los Capítulos III, IV y V, se inserta en el estudio de la colisión entre los dos grandes bloques normativos y jurisdiccionales, por un lado, de la Unión Europea y, por otro, el sistema del Convenio. De forma más concreta, tiene como objeto de estudio los problemas jurídicos que el proyecto de adhesión plantea para el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Para ello examinaremos de forma exhaustiva el Dictamen 2/13, columna vertebral que nos permitirá ir diseccionando los problemas jurídico-técnicos a los que se enfrenta la adhesión. Los capítulos III y IV constituyen un análisis crítico del Dictamen 2/13, mientras que en el capítulo V abordamos las

consecuencias de este pronunciamiento. En los capítulos III y IV estudiaremos cada una de las diez objeciones que el Tribunal expresa en el Dictamen – que son los motivos que le llevan a concluir que el proyecto de acuerdo de adhesión no es compatible con el Derecho de la Unión Europea - siguiendo un esquema similar en todas ellas. En primer lugar, explicaremos lo establecido por el Tribunal en el Dictamen, es decir, las razones que aduce para concluir que ese punto del acuerdo constituye un motivo de incompatibilidad con el Derecho de la Unión, así como lo que la Abogada General Kokott había afirmado respecto a esa cuestión en sus conclusiones. A continuación, situaremos el contexto jurídico en el que la objeción tiene lugar, examinando todo aquello que subyace en el razonamiento del Tribunal y realizaremos un análisis crítico de éste. Por último, expondremos las razones a favor o en contra de acomodar las sugerencias expresadas por el Tribunal.

El **tercer capítulo** está dedicado a los tres primeros problemas, relativos al conflicto del proyecto de acuerdo con las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión. Con anterioridad al análisis de cada uno de estos obstáculos, realizaremos una introducción teórica para asentar el marco conceptual sobre la especificidad y la autonomía del Derecho de la Unión Europea, elementos protagonistas no sólo en la primera parte del Dictamen 2/13, sino también a lo largo y ancho de éste. A continuación, emprendemos el análisis de las tres primeras objeciones expresadas por el Tribunal, a saber: (i) la falta de coordinación entre el artículo 53 de la Carta y el artículo 53 del Convenio (ii) el peligro de vulneración del principio de confianza mutua y (iii) la falta de articulación entre el mecanismo de consulta del Protocolo nº 16 y el procedimiento de cuestión prejudicial.

En el **cuarto capítulo** estudiaremos los siete obstáculos que atañen a la colisión entre el proyecto de acuerdo y la exclusividad jurisdiccional del Tribunal. Al igual que en el Capítulo III, comenzaremos con una breve introducción sobre el concepto de jurisdicción exclusiva del Tribunal, para adentrarnos, a continuación, en el análisis de las siete objeciones, agrupadas en cuatro bloques: (i) La colisión del artículo 33 del Convenio, relativo a las demandas interestatales, con el artículo 344 TFUE (ii) el mecanismo del demandado (estudiaremos la génesis, el concepto y la regulación de este esencial elemento del proyecto de adhesión, así como las tres objeciones que el Tribunal expresa respecto al mismo) (iii) el procedimiento de intervención previa (al igual que con el mecanismo del demandado, analizaremos la génesis, el concepto y la regulación de este

engranaje procesal previsto en el proyecto de adhesión, y las dos objeciones que el Tribunal manifiesta en cuanto a aquél) y iv) el control jurisdiccional en materia de Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

Por último, en el **quinto capítulo**, “la protección de los derechos humanos en Europa tras el Dictamen 2/13”, cerraremos el estudio de esta decisión judicial. Este capítulo se divide en dos grandes partes. Por un lado, reflexionaremos sobre el posicionamiento del Tribunal a favor de la salvaguarda a ultranza del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y en detrimento de la protección de los derechos humanos. A su vez, dividiremos este análisis en dos ejes: el contenido del Dictamen y la actuación del Tribunal defendiendo sus propios intereses. El primer punto se desdobra en cuatro apartados. Comenzaremos con el estudio de la utilización de la retórica “constitucionalista” y de la naturaleza *sui generis* de la Unión hasta cotas sin precedentes. En un segundo punto, examinaremos la noción exacerbada del concepto de autonomía que defiende el Tribunal en el Dictamen. Esta concepción de la autonomía hasta límites insólitos tendrá implicaciones sobre la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional, lo cual será estudiado en un tercer apartado. Asimismo, el Dictamen aportará un elemento clave: el Tribunal eleva la autonomía sobre el propio mandato de adhesión (artículo 6.2 TUE) y sobre la protección del individuo, lo cual será analizado en un cuarto apartado. Por último, examinaremos la actitud del Tribunal de Justicia en este polémico pronunciamiento, teniendo en cuenta que, por un lado, se trata de una decisión jurídica y *política*, y por otro, que consta de una frágil argumentación jurídica que no proporciona salidas a la ya de por sí complicada situación.

La segunda parte de este Capítulo V aborda un aspecto fundamental de la presente tesis doctoral: cuáles serán las consecuencias del Dictamen 2/13. Este estudio se sustenta sobre dos grandes pilares. Por un lado, se analiza cuáles serán las consecuencias *directas* de este pronunciamiento sobre el propio proceso de adhesión. En este sentido, se examinarán cuáles son las vías posibles tras el Dictamen 2/13, a saber: (i) una revisión de los Tratados (ii) una modificación del acuerdo de adhesión (analizaremos qué objeciones del Tribunal podrían ser acomodadas y cuáles no desde un punto de vista jurídico) (iii) otras propuestas que ha realizado parte de la doctrina. Por otro lado, se abordarán las consecuencias *indirectas* del Dictamen 2/13 sobre el triángulo judicial europeo: (i) sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ii) sobre las jurisdicciones nacionales y (iii) sobre el propio artífice del Dictamen: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Varios son los



interrogantes que nos suscita el estudio de esta cuestión: ¿Cómo reaccionará el Tribunal de Estrasburgo ante el Dictamen 2/13? ¿Mantendrá la célebre doctrina de la presunción de protección equivalente “*Bosphorus*”? ¿Qué papel jugará el Convenio y la jurisprudencia del TEDH en las decisiones del TJUE tras el Dictamen 2/13? ¿Este Tribunal profundizará en la tendencia de “autonomización” o “*Charter centrism*” que comenzó tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa? ¿Iniciará una línea más proteccionista de los derechos humanos para contrarrestar las críticas recibidas por el Dictamen 2/13? ¿Se producirá la temida “rebelión” de las jurisdicciones supremas y constitucionales de los Estados miembros para reclamar su primacía en la protección de los derechos fundamentales? Con la pretensión de responder a estas incógnitas, se estudian las principales decisiones del TJUE, del TEDH y de ciertas jurisdicciones supremas y constitucionales nacionales que han tenido lugar desde la publicación del Dictamen 2/13, en diciembre de 2014.

Finalmente, se expondrán unas conclusiones generales, redactadas en castellano y en inglés, para la obtención de la mención internacional del título de Doctor.

\* \* \*

En la presente tesis doctoral se utiliza una metodología de dogmática jurídica, que tiene por objeto el análisis de fuentes normativas (principalmente, tratados internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los tratados de la Unión Europea, así como legislación derivada de ésta), fuentes documentales (informes y documentación tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, muy especialmente, el borrador de proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión, de 5 de abril de 2013) y fuentes jurisprudenciales (particularmente, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Además, queremos destacar la importante fuente de información y análisis que han supuesto los trabajos elaborados por la doctrina nacional e internacional experta en la materia. Las fuentes empleadas para elaborar la presente tesis están escritas en castellano, inglés, francés e italiano.

Hemos constatado que existe una extensa literatura académica sobre la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, pero es más preponderante aquella dedicada a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y a la defensa pretoriana de los derechos a través de los principios generales que aquella

centrada específicamente en la adhesión de la Unión al Convenio. Respecto a los antecedentes históricos de ésta, si bien es cierto que existen numerosos análisis sobre el Dictamen 2/94, es exigua la literatura dedicada al estudio en profundidad del contenido del Informe de la Comisión Europea de 1976 o el Memorándum de esta institución de 1979. En cuanto al fundamento jurídico de la adhesión, podríamos decir que la literatura es casi infinita, por lo que la dificultad ha estribado en sistematizar los tres pilares argumentales más importantes que justifican este importantísimo proyecto y seleccionar la estructura más relevante en esta materia, sin renunciar a la exhaustividad. En lo que respecta al Dictamen 2/13, probablemente se trate de uno de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya dado lugar a más ríos de tinta en el ámbito académico. Para tener una visión completa de todo aquello que subyace en cada una de las objeciones del Tribunal, hemos estudiado una gran cantidad de trabajos de doctrina española y extranjera sobre esta decisión. Hemos podido constatar que gran parte de estos estudios realizan un análisis descriptivo y crítico del Dictamen 2/13, pero son una minoría los que profundizan en las consecuencias que este pronunciamiento puede tener para la protección de los derechos humanos en Europa. Es en este punto donde el presente trabajo pretende aportar una visión más innovadora.

Conviene señalar también que, dado que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos es ya por sí mismo un tema amplísimo, hay cuestiones que no serán abordadas en esta tesis. En primer lugar, el tema general de la evolución de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha sido extensivamente documentada y estudiada en la literatura académica<sup>22</sup>, por lo que en el presente trabajo nos limitaremos a realizar una breve introducción y a destacar sus aspectos más esenciales, pero no llevaremos a cabo un estudio exhaustivo de aquélla. Por otro lado, no es objeto de esta tesis hacer un pormenorizado análisis de la Carta y el Convenio, puesto que ya han sido numerosos los trabajos dedicados a ellos de forma exclusiva<sup>23</sup>. En el segundo capítulo de este trabajo, analizaremos la interrelación entre ambos documentos con el fin de determinar hasta qué punto es necesaria la adhesión para dotar de mayor coherencia sustantiva al sistema. Por otro lado, tampoco pretendemos realizar en este trabajo un estudio sobre la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa, dado que ese tema por sí mismo podría dar lugar a varias tesis doctorales. Nuestro objeto es más

---

<sup>22</sup> Véase, para una relación de obras, la nota de pie de página nº 53 de este trabajo.

<sup>23</sup> Véase la nota de pie de página nº 611.

preciso: explicar las consecuencias que el Dictamen 2/13 ha tenido y puede tener sobre el diálogo judicial entre los tres vértices del triángulo europeo. En cuanto a un tema más concreto de la adhesión; tratamos la participación de la Unión en los órganos de control del Convenio, aunque no de forma exhaustiva, en el Capítulo II en tanto en cuanto la adhesión incrementaría la legitimidad política de la Unión y uno de los aspectos en que se manifestaría es la posibilidad de que ésta participe en el sistema del Convenio. La razón de no estudiar detenidamente esta cuestión radica en que en este trabajo abordamos los problemas jurídicos identificados por el Tribunal en el Dictamen 2/13 y este órgano jurisdiccional no plantea ninguna objeción respecto a las disposiciones del proyecto de acuerdo referentes a la participación de la Unión en la Asamblea Parlamentaria y en el Comité de ministros.

Las fuentes han sido obtenidas en diferentes bibliotecas y centros de investigación tanto de España como del resto de Europa, sin los que habría sido imposible llevar a cabo un tratamiento sistematizado y fundamentado como el que aquí se trata de ofrecer. Las dos estancias de investigación de seis meses que he realizado en el Instituto de Estudios Universitarios de Florencia y en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas, me han permitido acceder a sus extraordinarias bibliotecas. Asimismo, durante la estancia en Bruselas, tuve la oportunidad de obtener fuentes de indudable valor en la Biblioteca de la Comisión Europea. En España, la bibliografía ha sido conseguida principalmente en la Biblioteca María Moliner de la Universidad Carlos III de Madrid, así como a través de su Servicio de préstamo interbibliotecario y su Centro de Documentación Europea, y en la Biblioteca Nacional de España. Respecto a las fuentes documentales y jurisprudenciales, los principales recursos han sido las páginas oficiales de las instituciones de las organizaciones internacionales (por ejemplo: la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, especialmente su buscador <http://hudoc.echr.coe.int/>; o la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [www.curia.eu](http://www.curia.eu)). Por último, han sido de una gran utilidad para la realización de este trabajo los blogs jurídicos – muy especialmente, *European Papers*, *EU Law Analysis Blog*, *European Law Blog*, *Aquiescencia*, *Verfassungsblog* o *Despite our differences Blog* – que constan de reflexivos análisis jurisprudenciales y gozan de la ventaja de la inmediatez y la actualidad.

Estos años de estudio de la materia se han enriquecido con la asistencia a diferentes congresos y seminarios nacionales e internacionales, entre los que cabe destacar: “La acción exterior de la Unión Europea en materia de derechos humanos”, organizado en el

marco de la Fundación Gregorio Peces-Barba y coordinado por la profesora Ana Manero Salvador en la Universidad Carlos III de Madrid en septiembre de 2013; el seminario “*EU accession to the European Convention on Human Rights after the CJEU’s Opinion*”, organizado por la *Academy of European Law* en Bruselas, en octubre de 2015; la Jornada sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio, organizada por la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo en noviembre de 2015; el curso “*The Global Challenge of Human Rights Integration*”, organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Gante en diciembre de 2015; el seminario “*Fundamental Rights in the area of freedom, security and justice and the principle of mutual trust*”, organizado por la Scuola Superiore Sant’Anna de Pisa en enero de 2016; el seminario “*Current Issues in EU law*” organizado por el departamento de Derecho del Instituto Europeo de Florencia, que tuvo lugar entre enero y marzo de 2016, y finalmente, el congreso “Retos para la acción exterior de la Unión Europea” organizado por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (“AEPDRI”) en Valladolid, en junio de 2016.

Además, durante la realización de esta tesis doctoral, he tenido la oportunidad de participar en diversos congresos sobre asuntos relacionados con el tema central de esta investigación. Me gustaría destacar: la ponencia “la protección de los derechos humanos en la Unión Europea” en la Universidad de Maspalomas en julio de 2015, la comunicación “La Declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos” en el Seminario organizado por la AEPDRI en la Escuela Diplomática en octubre de 2016, la ponencia “*Restrictions of human rights in the European counter terrorism framework*” en el II Seminario Internacional de la Universidad Carlos III sobre criminalidad organizada transnacional y terrorismo en noviembre de 2016 o la comunicación “*The accession of the European Union to the European Convention of Human Rights*” en el seminario internacional “*International Legal Mechanisms ensuring european unity and sustainability*” que tuvo lugar en la Universidad Carlos III de Madrid el 30 de noviembre de 2016.

Por último, la producción científica durante la realización de esta tesis se ha plasmado en varias publicaciones: “Derechos fundamentales *versus* vigilancia masiva. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 *Schrems*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 53, Enero/Abril 2016; “¿Los principios de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea pueden ser

invocados en litigios entre particulares? comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de enero de 2014 en el asunto C-176/12 *Association de Médiation Sociale*” *Revista General de Derecho Europeo*, nº34, octubre de 2014; “Choque de titanes judiciales en torno al euro: comentario de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán sobre la compra de deuda de los Estados rescatados”, *Revista Asamblea de Madrid*, nº30, junio de 2014; “*Solange III*: The German Federal Court strikes again”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 367-368; “García Nieto: Another Restrictive Approach in the European Citizenship Case Law”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 2, pp. 763-764; “Pena de Prisión e inmigración irregular: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-290/14, *Celaj*”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 299-306; “Primer aniversario del Dictamen 2/13: victoria del monólogo y golpe al diálogo judicial”, *blog Aquiescencia*, 3 de diciembre de 2015.

## **PRIMERA PARTE**

# **EL MARCO TEÓRICO DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

## Introducción a la Primera Parte: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Unión Europea

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos se inserta en un marco más amplio de relación de esta organización internacional con el Derecho Internacional de los derechos humanos<sup>24</sup>. A pesar del alto grado de autonomía del Derecho de la Unión Europea que el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha defendido en pronunciamientos tan emblemáticos como *Kadi*<sup>25</sup> o el Dictamen 2/13<sup>26</sup>, esta organización internacional no es una “mónada aislada”<sup>27</sup>. En efecto, no debe olvidarse que la Unión Europea está vinculada por el Derecho Internacional Público<sup>28</sup>, y el ámbito

---

<sup>24</sup> Coincidimos con Paz Andrés Sáenz de Santamaría al afirmar que se trata de “uno de los sectores más atractivos y al mismo tiempo más complejos del proceso de integración europea, cual es el de las relaciones exteriores de la UE”, ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARIA, P. “La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales” *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 3, 2º semestre 2002, p.121. La relación de la Unión Europea con el Derecho internacional de los derechos humanos ha sido profusamente estudiada. Véanse, entre otros: AHMED, T. and BUTLER, I. “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective” *European Journal of International Law* (2006), Vol. 17, nº 4, pp. 771–801; DE SCHUTTER, O., BUTLER, I. ‘Binding the EU to International Human Rights Law’, *Yearbook of European Law*, vol. 27, 2008, pp. 277-320; DE WITTE, B. “International Law as a tool for the European Union” *European Constitutional Law Review*, 5: 265–283, 2009; DE WITTE, B. “The EU and international legal order: the case of human rights”, en EVANS, M. y KOUTRAKOS, P. (eds.) *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the rest of the world*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2011, pp.135-138; DÍAZ BARRADO, C.M. “Los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dir.) y MOREIRO GONZÁLEZ, C. (coord.) *Derecho internacional y Tratado Constitucional Europeo*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2006, pp.83-100; DÍAZ BARRADO, C. “Los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea: nuevas bases para la fragmentación en materia de derechos humanos” en MANERO SALVADOR, A. *La acción exterior de la UE en materia de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria nº 4, 2014; GRILLER, S. “International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order”, *European Constitutional Law*, 2008; MARÍN AÍS, R. *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2013.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. “Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d’autres ordres juridiques” en *Mélanges offerts à Jean-Victor Louis*, Editions de Université de Bruxelles, Bruselas 2003, vol. I, pp. 389-408;

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

<sup>26</sup> Piedra angular de la Segunda Parte de este trabajo. En el Capítulo V estudiaremos las implicaciones para la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional del concepto tan exacerbado de autonomía que el Tribunal de Justicia de la Unión defiende en el Dictamen 2/13.

<sup>27</sup> Expresión utilizada por CANNIZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R.A. ‘Introduction: International Law as Law of the European Union’ en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R.A. (eds) *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, p. 1.

<sup>28</sup> La Abogada General Kokott es contundente al respecto: “Es pacífico que la Unión Europea está vinculada por el Derecho internacional. Por un lado, la Unión Europea tiene personalidad jurídica (artículo 47 TUE) y puede por tanto ser titular de derechos y obligaciones del Derecho internacional. Por otro, la Unión Europea ha asumido el compromiso expreso de contribuir al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional (artículo 3 TUE, apartado 5, segunda frase) así como al fomento de los principios del Derecho internacional en el resto del mundo (artículo 21 TUE, apartado 1, párrafo primero)” Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 6 de octubre de 2011, *The Air Transport Association of*

de la salvaguarda de los derechos humanos no es una excepción<sup>29</sup>. De forma aún más concreta, esta cuestión se sitúa, a nivel regional, en el contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales en el continente europeo. Como señala la profesora Concepción Escobar: “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es, sin duda, uno de los sectores del Derecho internacional contemporáneo donde el fenómeno del regionalismo tiene una presencia más acusada”<sup>30</sup> y el tema de la adhesión de la Unión al CEDH es buena muestra de ello.

La arquitectura de la protección de los derechos humanos en el continente europeo ha sido definida ingeniosamente como “*the crowded house*”<sup>31</sup>. Es el resultado de un proceso de superposición de varios marcos de protección de los derechos fundamentales (el sistema del Consejo de Europa, el de la Unión Europea y el constitucional de cada Estado) sobre un mismo espacio geográfico, que se inició tras la Segunda Guerra Mundial<sup>32</sup>. Esta situación se torna especialmente compleja porque estos sistemas no sólo coexisten, sino que hay un alto grado de imbricación entre ellos<sup>33</sup>. Como apunta Ángel Chueca: “no es

---

*America y otros*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:637, apartado 43; Asimismo, son relevantes las palabras del Abogado General Poiares Maduro en sus conclusiones en el asunto *Kadi*, señalando “Lo anterior no significa, sin embargo, que el ordenamiento jurídico comunitario y el ordenamiento jurídico internacional se ignoren mutuamente. Al contrario, la Comunidad ha venido desempeñando tradicionalmente un activo y constructivo papel en el ámbito internacional. En consecuencia, la aplicación y la interpretación del Derecho comunitario se inspiran en la presunción de que la Comunidad tiene voluntad de cumplir sus compromisos internacionales. Por consiguiente, los Tribunales comunitarios examinan cuidadosamente las obligaciones que vinculan a la Comunidad en el ámbito internacional y tienen en cuenta tales obligaciones en su actividad jurisdiccional”, conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro, presentadas el 16 de enero de 2008, asunto C-402/05 P *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, ECLI:EU:C:2008:11, apartado 22; En la misma línea, también hay autores que sostienen que la Unión Europea sigue vinculada por el Derecho Internacional Público, como, por ejemplo, Bruno de Witte, que afirma: “the autonomy of EU law (...) does not mean that EU law (...) has ceased to belong to international law”, DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?...” *op. cit.* p.142; Eeckhout señala que persiste un “cordón umbilical” entre la Unión y el Derecho Internacional Público; el hecho de que los tratados internacionales a los que se han adherido los Estados miembros conforman uno de los pilares para la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión, EECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?”, *Current Legal Problems* 2013, núm. 66, pp. 169-202, p.195; Araceli Mangas sostiene que se trata de un “subsistema especial de Derecho Internacional”, MANGAS MARTÍN, A. “European Union Law: a Special Subsystem of International Law” en *Liber Amicorum of Judge José María Ruda*. Kluwer Law international, La Haya, 2000, pp. 585-593.

<sup>29</sup> AHMED, T. and BUTLER, I. “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective” *op. cit.* p.776.

<sup>30</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “La protección internacional de los derechos humanos II” en DÍEZ DE VELASCO, M. “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tecnos, Madrid, 2013, p.697.

<sup>31</sup> CRUZ VILLALÓN, P. “Rights in Europe – The Crowded House”, Working Paper 01/2012, King’s College London, Centre of European Law, 2012.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p.323.

<sup>33</sup> POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?” 26 de septiembre de 2013, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract\\_id=2331497](https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2331497) (último acceso: 28 de febrero de 2017), p.3.



frecuente que en un mismo ámbito regional coexistan dos sistemas internacionales de protección de derechos humanos o derechos fundamentales, creados en el seno de dos Organizaciones regionales; sin embargo ello sucede en el caso del Viejo Continente, donde concurren el sistema del Consejo de Europa y el de la Unión Europea<sup>34</sup>. A estos dos sistemas internacionales se le sumarían los preexistentes ordenamientos constitucionales de cada Estado, dando lugar a un marco multidimensional; la denominada tutela multinivel de los derechos fundamentales<sup>35</sup>. Así, el continente europeo contaría con uno de los sistemas más sofisticados<sup>36</sup> - a la par que complejos - de protección de los derechos humanos, dando lugar a un fascinante objeto de estudio<sup>37</sup>.

En primer lugar, el Consejo de Europa se configura como un paradigmático sistema de protección regional de los derechos que ha actuado de faro de los demás sistemas y de los propios Estados europeos<sup>38</sup>. Ya en el preámbulo y el artículo primero de su Estatuto fundacional de 1949<sup>39</sup> se hacía referencia a los valores europeos y a que la finalidad de la nueva organización era la realización de una “*unión más estrecha entre sus miembros*,”

---

<sup>34</sup> CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p.37.

<sup>35</sup> Nos remitimos a la tesis doctoral de Carmen Montesinos para aportar una definición de “tutela multinivel de derechos”. La autora lo define así: “(el) complejo entramado de mecanismos de protección de derechos y libertades y a las relaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y/o supranacionales que se encargan de su fiscalización”, MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales” *op. cit.* p.18; Véase sobre la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa: DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. “El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales”, *Papeles de derecho europeo e integración regional*, núm. 23, 2015; FABBRINI, F. “The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A ‘Neo-Federalist’ Perspective 2010” *Jean Monnet Working Paper* 15, 2010; GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2012; PÉREZ MANZANO, M., “El TC ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, *REDC*, n.º. 95, 2012, pp. 311-345. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S. y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. “La tutela multinivel de los derechos fundamentales”, Ponencia en la XVI Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Santiago de Compostela, 16-18 de octubre de 2014.

<sup>36</sup> ALSTON, P./ WEILER J. H. H. “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy”, *European Journal of International Law* 9, 1998, p. 658-723, p. 679.

<sup>37</sup> Véanse, entre otros: FABBRINI, F. “The European Multilevel System for the Protection of Fundamental Rights: A ‘Neo-Federalist’ Perspective 2010” *Jean Monnet Working Paper* 15, 2010; MARTINICO, G. “Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of ‘Hidden Dialogue’”, *Kings Law Journal* n.º 21 2010 p.257-281; MARTINICO, G. “Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of beina judge in a multilevel legal order”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 3, July 2012; PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism in the European Union” 27, *European Law Review*, 511, 2002; PERNICE, I. and KANITZ, “Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism” *Humbolt University working paper*, 2004; POLAKIEWICZ, J. “Europe’s multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks”, Lecture at Waseda University, Tokyo 13 March 2016.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p.324.

<sup>39</sup> El Estatuto del Consejo de Europa se aprobó el 5 de mayo de 1949, en Londres.

*mediante la salvaguardia de los derechos humanos*”. En el seno del Consejo de Europa<sup>40</sup>, se han adoptado tratados de extraordinario valor para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Merece especial atención en este ámbito, no sólo por tratarse de uno de los protagonistas de esta tesis doctoral, el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>41</sup>. Constituye el primer tratado internacional de derechos civiles y políticos que, en palabras de Carlos Fernández Liesa, ha servido para desarrollar “unos valores europeos, una superconstitución europea, o un denominado patrimonio constitucional europeo de una sociedad democrática que constituye un estándar mínimo de derechos humanos en Europa”<sup>42</sup>. El mayor éxito del Convenio ha sido la implantación de un mecanismo de control para asegurar la protección de los derechos individuales superando el enfoque tradicional meramente interestatal<sup>43</sup>. Este sistema ha ido más allá de ser una “red de seguridad legal” para convertirse en parte de la definición cultural de la civilización europea<sup>44</sup>. La pieza clave de este mecanismo de control es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. El TEDH ha llegado a referirse al Convenio como un “instrumento *constitucional* del orden público europeo en materia de protección de derechos humanos”<sup>45</sup> y por ende, este tribunal también cumpliría una función “cuasiconstitucional”<sup>46</sup>. La trascendencia de la labor del Tribunal de Estrasburgo no puede ser resumida en unas líneas, ni siquiera en varias tesis doctorales, pero sí queremos

---

<sup>40</sup> El Consejo de Europa cuenta en la actualidad con 47 miembros, siendo todos ellos Estados europeos. Los únicos Estados de Europa que no forman parte de esta organización internacional son Bielorrusia y la ciudad del Vaticano. Véanse los 47 Estados miembros del Consejo de Europa en: <http://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states> (último acceso: 26 de abril de 2017).

<sup>41</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entró en vigor el 21 de septiembre de 1970. Los 47 miembros del Consejo de Europa son partes contratantes del Convenio. Véase una relación de las fechas de la firma y la ratificación por parte de cada uno de ellos en: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p\\_auth=kHXEHImZ](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=kHXEHImZ) (último acceso: 26 de abril de 2017).

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p.326.

<sup>43</sup> KORENICA, F. *The EU Accession to the ECHR Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*, Springer, 2015, p.165.

<sup>44</sup> ALSTON, P./ WEILER J. H. H. “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy” *op. cit.* p.686: “The European Convention system has become more than a legal safety net. It is now a part of the cultural self-definition of European civilization”.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del TEDH de 23 de marzo de 1995 en el asunto *Loizidou v. Turkey*, nº solicitud 15318/89, apartado 75. Énfasis añadido.

<sup>46</sup> Sobre la naturaleza “constitucional” o “cuasiconstitucional” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase COHEN-JONATHAN, G., “La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l’homme”, en AA.VV, *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l’honneur de L. Favoreu*, 2007, pp. 1127-1153.

destacar su papel de “centro de gravedad de los derechos humanos en Europa”<sup>47</sup> y de “último bastión de defensa de los derechos fundamentales”<sup>48</sup>.

La situación de la protección de los derechos humanos en la Unión Europea es bien distinta, ya que, a diferencia del Consejo de Europa, sus Tratados fundacionales guardaban silencio respecto a la protección de estos derechos<sup>49</sup>. Gran parte de la doctrina se ha preocupado por dar una explicación a este silencio, apuntando la mayoría de los autores al carácter predominantemente económico de los Tratados en sus inicios<sup>50</sup>. En

---

<sup>47</sup> HERVIEU, N. “Cour EDH: Bilan d’étape d’un perpétuel chantier institutionnel”, *Blog combats droits de l’homme*, *Lemondefr*, 4 de septiembre de 2013 disponible en <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2013/09/04/cour-edh-bilan-detape-dun-perpetuel-chantier-institutionnel/> (último acceso: 24 de marzo de 2017).

<sup>48</sup> Así lo definió la vicepresidenta del TEDH, Françoise Tulkens en una entrevista, HERVIEU, N. “Entretien de Françoise Tulkens”, *Revue des Droits de l’homme*, n° 3, juin 2013, disponible en <https://revdh.revues.org/89> (último acceso: 24 de marzo de 2017).

<sup>49</sup> Los Tratados comunitarios no contenían en su versión original ninguna disposición general relativa a los derechos fundamentales. De hecho, no encontramos ninguna mención expresa a los mismos hasta el Acta Única Europea, (1986) en cuyo Preámbulo, los Estados miembros se declaraban “decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social (...)”. Posteriormente, el Tratado de Maastricht (1992) introdujo el artículo F2 en el Tratado de la Unión Europea: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”. Sobre los cambios introducidos por el TUE en materia de derechos fundamentales, véase FERNANDEZ LIESA, C.R., “Desarrollos normativos del principio de protección internacional de los derechos humanos en el Tratado de Unión Europea”, *Derechos y libertades*, año, 1, n° 1, 1993, pp. 503-525; PÉREZ VERA, E. “El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n° 2, 1993, pp. 459-483; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea”, *Derechos y libertades*, vol. 1, n° 1, 1993, pp. 473-480. Para una explicación general de la incorporación progresiva de la protección de los derechos fundamentales en los Tratados, véase CANEDO, J.R y GORDILLO, L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 39/2008, Bilbao, p. 42 y ss y DE BURCA, G. “The evolution of Human Rights Law” en CRAIG, P. and DE BURCA, G. *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 2011, pp.465-497. Para un análisis exhaustivo desde las propuestas (fallidas) de introducción de disposiciones en materia de derechos humanos desde los años 50 hasta el Tratado de Lisboa, véase DE BURCA, G. “The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor” *American Journal of International Law*, Vol 105, 2011; Sobre el silencio de los Tratados explica Graine De Burca: “there was originally an implicit division of functions between the Council of Europe and the European Community ..., so that the EC until relatively recently played little or no role in relation to the establishment or protection of human rights.” en DE BURCA, G. “Beyond the Charter: How Enlargement Has Enlarged the Human Rights Policy of the European Union”, *Fordham International Law Journal* 27 (2004), pp. 679-714, p. 683; En el mismo sentido, Lazowski y Wessel sostienen: “Neither of the three founding treaties contained references to fundamental rights, which were to remain *spécialité de la maison* of the Council of Europe and its flagship legal instrument—the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR” *German Law Journal* Vol. 16 No. 01, p.181.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, DE BURCA, G. “The evolution...” *op. cit.*, p. 475: “The silence of the European Economic Community Treaty and the accompanying European Atomic Energy Treaty in 1957 on the subject of human rights has often been noted and its implications discussed (...). Spaak insisted strongly on this strategy of adhering closely to the Messina mandate and avoiding any subjects which were not expressly mentioned in the foreign ministers' Resolution, as a way of avoiding the many controversial and

contraposición a esta omisión deliberada de los Tratados fundacionales, que se ha llegado a denominar “ceguera de los Tratados”<sup>51</sup>, conviene tener en cuenta el papel proactivo que ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a lo largo de décadas a través de su defensa pretoriana de los derechos humanos<sup>52</sup>.

---

political issues which arguably led to the downfall of the EDC and EPC Treaties. It is at least in part in this context that the silence of the 1957 Treaties on the subject of human rights protection can be understood”. DE WITTE, B. ‘The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights’, in ALSTON, P., HEENAN, J. and BUSTELO, M. (eds), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, p. 863: “The silence of the Treaty may have been deliberate, indicating possibly the drafters’ intention that the courts of each individual Member State should be the “ultimate protection of that country’s citizenry against an unlawful intrusion of the Community into the realm of its (national) protected rights”. DOUGLAS-SCOTT, S. “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, vol 11, nº 4, 2011, pp-645-682, p.647: “The reasons for this lack of attention are embedded in the EU’s history, and are similar to the explanation as to why there was no Bill of Rights in the original draft of the American Constitution (...) The EEC Treaty started out as an economic treaty, of limited ambitions, with the aim of creating a Common Market. There were no sections on fundamental rights because the EEC founders did not think this relevant to a treaty with mainly economic aspirations”. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica op. cit.* 2013, p.330: “Las causas de esta laguna estaban en el carácter predominantemente económico de los Tratados, ante el que sus redactores perdieron de vista la idea general de los derechos fundamentales, así como por la metodología funcionalista (paso a paso) que se siguió, el carácter técnico-económico de las nuevas organizaciones y por los previos fracasos políticos “en algunos proyectos con dimensión política”; JACQUÉ, J.P. “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms” *op. cit.* p.1: “(...) the omission of a reference to fundamental rights in the ECSC and EEC treaties was because, in the opinion of their authors, these were economic treaties, with no implications for the protection of fundamental rights. By contrast, when it came to founding a political community, the issue of protection of fundamental rights returned to the forefront.” MARTINICO G. y GORDILLO, L. “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia: un cuento desde el país de las hadas”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478, p. 456: “La explicación de este silencio es simple. Dada la naturaleza económica de los Tratados, sus autores no pensaron que pudiera existir un riesgo de colisión entre la legislación comunitaria y los derechos humanos. En el momento de la redacción de los Tratados, la concepción mayoritaria sobre la naturaleza de los derechos humanos incluía dentro de esta categoría los derechos civiles y políticos, con lo que se hacía difícil concebir posibles interferencias entre regulaciones de carácter económico y los derechos fundamentales.” MUÑOZ MACHADO, S. “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 50 enero-abril 2015, p. 197: “Los tratados fundacionales de la Comunidad Europea no incluyeron ningún catálogo de derechos fundamentales, según la práctica común de las constituciones de los Estados miembros aprobadas inmediatamente después de la segunda gran guerra europea. No hacía falta hacerlo, los tratados no eran constituciones ni pretendían parangonarse con ellas”. RUIZ-JARABO COLOMER, D. “Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea”, *Revista de Instituciones Europeas (RIE)*, 1990-1, p.163: “Fueron razones de oportunidad política las que determinaron que no se incluyera un catálogo formal de derechos humanos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas”. WEILER realiza un exhaustivo análisis sobre las razones de esta omisión en WEILER, J. H. H. ‘Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities’, *Washington Law Review*, nº 61, 1986, pp. 1110-1113.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ SANTANA, J.A. “El camino hacia los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de la Unión Europea”, *Saber, ciencia y libertad*, Vol. 5, nº2, 2010, p.55.

<sup>52</sup> A este respecto, cabe destacar las palabras de Carlos Fernández Liesa: “la ausencia de un catálogo de derechos establecido normativamente ha conducido a que sea el Tribunal de Justicia, a través de una tarea paradigmática de activismo judicial, el que determine cuáles son y qué contenido tienen (los derechos fundamentales)”, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, Capítulo XXIII de PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, en colaboración con Rafael de Asís y Ángel Llamas, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1995, pp. 641-675. Véase el análisis

La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha sido extensivamente documentada y estudiada en la literatura académica<sup>53</sup>, por lo que en el presente trabajo no llevaremos a cabo un estudio exhaustivo de aquélla. Sin embargo, sí cabe destacar aquí

---

que este mismo autor realiza sobre la protección pretoriana de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia de la Unión en p.647 y ss de la misma obra. Hay que tener en cuenta que, pese a que no había un catálogo de derechos fundamentales, en los Tratados había algunas referencias iniciales al principio de no discriminación, vía por la cual el TJUE inició su sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p.329; Cobran importancia las palabras de DE BURCA, G. “The Road Not Taken...” *op. cit.* p.2: “The European Court of Justice is placed at the center of this narrative, as a heroic and solitary actor which through its pioneering case law over time has encouraged and cajoled the main political actors into accepting human rights as a key element of the EU constitutional framework”. En el mismo sentido, DÍAZ BARRADO, C.M. “La dispersión y sectorialización de los derechos humanos en la Unión Europea” en AZNAR GÓMEZ, M.J. (ed. lit.), CARDONA LLORENS, J. (ed. lit.), PUEYO LOSA, J.A. (ed. lit.), RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (ed. lit.), SOBRINO HEREDIA, J. M. (ed. lit.), PÉREZ GÓMEZ, M. (hom.), *Estudios de derecho internacional y derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Vol I, 2012, pp. 1453-1474, p.1457; TIZZANO, A. “The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights” en ARNULL, A. ECKHOUT, P. and TRIDIMAS, T. (Eds.) *Continuity and change in EU Law: Essays in honour of Francis Jacobs*, 2008. Véase también una visión más crítica por parte de Joseph Weiler respecto del papel del TJUE: “In the traditional narrative it is the European Court which fashioned Europe’s constitutional architecture. Wrong. The European Court surely deserves all its accolades from the so-called “heroic” period, but it is critical to remember that national courts (and other European Institutions, notably the Commission) played a critical role both in making the gambit to which the European Court responded (in Van Gend en Loos itself!) and in following faithfully the lead given by the European Court. There was also, in critical cases, quite remarkable awareness by one national court of what brethren in other Member States were doing” WEILER, J.H.H. “The essential (and would-be essential) of the European Court of Justice: Lights and Shadows too”, en PERNICE, I., KOKOTT, J., SAUNDERS, C. *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, 2006, p.12.

<sup>53</sup> Véase, entre otros: ALSTON, P., BUSTELO, M. HEENAN, J. *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999; BESSON, S. “The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution” 6 *Human Rights Law Review* 323, 2006; BUTLER, I. and DE SCHUTTER, O. *Binding the EU to International Human Rights Law*, 27 *YEL*, 2008; CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950” en PELAEZ MARÓN, J. M. *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992; CHUECA SANCHO, A. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989; DE BURCA, G. “The evolution of Human Rights Law” en CRAIG, P. and DE BURCA, G. *The evolution of EU law*, Craig, P. and De Burca. G., Oxford University Press, 2011, pp-465-497; DE BURCA, G. “The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor” *American Journal of International Law*, Vol 105, 2011; FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013, p.329 y ss; JACOBS, F.G. “Human Rights in the European Union: The Role of the Court of Justice” 26 *European Law Review* 331 (2001); MOITINHO DE ALMEIDA, J. C., “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *El derecho comunitario y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Eds.), Civitas, Madrid, 1993; ROSAS, A. “Is the EU a human rights organization?” *Centre for the Law of EU External Relations (CLEER) working papers* 2011/1, La Haya, 2011; RUIZ-JARABO, D., “Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea”, *Revista de Instituciones europeas*, vol. 17, nº. 1, enero-abril de 1990, pp. 179 ss.; SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Editorial Comares, Granada, 2000; VON BOGDANDY, A. “The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union” *Common Market Law Review* nº 37, 2000, p.1307 y ss.

que la situación de la defensa de estos derechos en la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>54</sup> es muy diferente a la de sus inicios<sup>55</sup>.

Efectivamente, este Tratado introdujo una disposición cardinal: el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en adelante “TUE”), que sistematiza los tres pilares para la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea<sup>56</sup>. En primer lugar, el apartado 1 del artículo dota, por fin, de fuerza jurídica vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>57</sup>. Sin embargo, conviene señalar que el Tratado de Lisboa no incorpora directamente el texto de la Carta, sino que se remite a la misma atribuyéndole “el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>58</sup>. El apartado 2

---

<sup>54</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de Diciembre de 2007, *D.O.U.E.*, C 306, de 17 de Diciembre de 2007; mediante el cual, tenemos la redacción actualmente en vigor de los Tratados de la Unión: Tratado de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009] y, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *D.O.U.E.*, C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de Diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de Diciembre de 2009]. Para un análisis exhaustivo de este importantísimo Tratado véase DÍAZ BARRADO, C., FERNÁNDEZ LIESA, C., VVAA, *El Tratado de Lisboa. Análisis y comentarios*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>55</sup> Véase FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “Visibilidad de la acción exterior en el nuevo tratado de Lisboa” Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Martín y Pérez de Nanclares (coord.), 2008, Madrid, pp. 349-361; ALDECOA, F. “El Tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, 2008; LIÑAN NOGUERAS, D. J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa”, *La UE ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. II, 2009, pp. 1053-1077.

<sup>56</sup> Este artículo ha sido definido como “the core legal basis for the current fundamental rights jurisdiction of the EU”, GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union” *Paper No 01/2016, Legal Research Paper Series*, Lund University, April 2016, p.5; Sobre esta importantísima disposición, véase BONICHOT, J.C. “Des rayons et des ombres: Les paradoxes de l’article 6 du Traité sur l’Union européenne”, en COSTA, J.P. (ed.) *La conscience des droits, Mélanges en l’honneur de J.P. Costa*, Dalloz, 2011.

<sup>57</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión fue solemnemente proclamada en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000, pero su redacción fue modificada en el Consejo Europeo de Estrasburgo en 2007, cuya versión es la actual, publicada en el DOUE 2010 C 83/389. En la nueva redacción, se adhirieron nuevas cláusulas en el Preámbulo y se amplió lo dispuesto en los artículos 51 y 52. Sobre la Carta, véanse, entre otros: ALONSO GARCÍA, R. Y D. SARMIENTO, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, 2006; CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” *RDCE*, 2001, pp. 2 ss.; FERNÁNDEZ TOMAS, A. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección” *GJUEC*, 2001, pp. 15-30; MANERO SALVADOR, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales. De Niza a Lisboa” en FERNÁNDEZ LIESA, C., DIAZ BARRADO, C., MANERO SALVADOR, A., ALCOCEBA GALLEGU, A. (coord.) *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008; PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, Oxford and Portland, Oregon, 2014; PI I LLORENS, M. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, 2001.

<sup>58</sup> Como señala Aida Torres: “Así, la aparición de la Carta en el escenario del derecho originario no se produce por la puerta grande, sino por remisión del art. 6.1 TUE, en línea con el esfuerzo de –desconstitucionalización– del Tratado de reforma después del fracaso del proyecto constitucional y de acuerdo con el mandato del Consejo Europeo (Bruselas, junio 2007). El método y el texto del art. 6.1 TUE

introduce el esencial mandato de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, base jurídica para la misma y clave de bóveda del presente trabajo<sup>59</sup>. Por último, el apartado 3 tipifica la construcción jurisprudencial que el Tribunal había establecido desde hacía tiempo<sup>60</sup>; los derechos fundamentales garantizados por el CEDH<sup>61</sup> y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales<sup>62</sup>.

Según Ingolf Pernice, estos tres pilares cambian la fisonomía de la Unión de forma fundamental<sup>63</sup>. En efecto, a diferencia de la situación normativa anterior donde el Tratado

---

reflejan los temores y reticencias que todavía provoca la Carta, sobre todo desde la perspectiva de la relación entre ordenamientos (...)”, TORRES PÉREZ, A. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” Barcelona, 27/28 de Noviembre de 2008, disponible en: [http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres\\_Pxrezx\\_Aida.pdf](http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres_Pxrezx_Aida.pdf). (último acceso: 29 de marzo de 2017).

El artículo 6.1 establece: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”

<sup>59</sup> Artículo 6.2 del TUE: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.” Esta disposición será analizada en mayor profundidad en el epígrafe 5.1.1.

<sup>60</sup> En la emblemática sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57, el Tribunal de Justicia incluyó por primera vez los derechos fundamentales en los principios generales del Derecho comunitario afirmando: “...los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario que el Tribunal garantiza”; Posteriormente, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, añadía a lo declarado en *Stauder*: “que la salvaguardia de estos derechos, al mismo tiempo que *se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros a los Estados miembros*, debe ser asegurada en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad” (Énfasis añadido). Por último, el Tribunal añadiría en la sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51 la segunda fuente de inspiración para la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad: los tratados internacionales de derechos humanos en los que los Estados han cooperado o se han adherido.

<sup>61</sup> El Tribunal de Justicia eleva aún más de rango al Convenio, que hasta ahora había declarado que revestía un “significado particular” entre los tratados internacionales de derechos humanos en los que se inspiraba (véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, apartado 283). En el artículo 6.3 TUE no se refiere a los instrumentos internacionales de derechos humanos de forma genérica como fuente de creación de los principios generales, sino que se refiere sólo y exclusivamente al Convenio.

<sup>62</sup> En este sentido, es importante destacar que Bruno de Witte considera que esta disposición dota de estatuto jurídico vinculante al CEDH sobre la Unión Europea, en DE WITTE, B. “The use of the ECHR and Convention...” *op. cit.* p.22

<sup>63</sup> Sobre la importancia de los tres pilares del artículo 6 del TUE, Ingolf Pernice afirma: “taken seriously, all three pillars: the Charter as a binding instrument, the accession to the European Convention of Human Rights and the reference to the general principles of law as established by the ECJ, together will change the face of the Union fundamentally.” PERNICE, I “The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights” en



de Niza tan sólo reconocía una fuente de derechos humanos de la Unión Europea – los principios generales del Derecho –, la situación se torna más compleja, ya que actualmente nos encontramos con tres fuentes simultáneas codificadas en los Tratados<sup>64</sup>. Este hecho plantea el problema de tener que definir la relación entre las diferentes capas de derechos fundamentales dentro de la propia Unión Europea: los derechos que emanan de los principios generales del Derecho, los consagrados en la Carta y los del Convenio<sup>65</sup>. En esta tesis doctoral, nos vamos a centrar exclusivamente en el segundo pilar: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y estudiaremos la Carta y los principios generales del Derecho en la medida en que interrelacionan con aquélla.

Además de la introducción del importantísimo artículo 6 en el Tratado de la Unión Europea (en adelante, “TUE”), el Tratado de Lisboa también aportó otras disposiciones de indudable valor para la defensa de los derechos humanos tanto en la acción dentro de sus fronteras (*ad intra*) como fuera de ellas (*ad extra*). Si bien los redactores del Tratado de Lisboa no incluyeron expresamente la defensa de los derechos fundamentales entre los objetivos de la Unión Europea, establecidos en el artículo 3 TUE<sup>66</sup>, sí los incluyeron dentro de los “valores” en los que se fundamenta la Unión, consagrados en el artículo 2 del mismo Tratado<sup>67</sup>. En la dimensión exterior de la Unión, la protección de los derechos

---

GRILLER, S. and ZILLER, J. *The Lisbon Treaty, EU constitutionalism without a constitutional Treaty?* Springer, 2008.

<sup>64</sup> Sobre esta compleja y singular situación, el profesor Miguel Azpitarte afirma: “Es sin duda extraño a la teoría constitucional, que los mismos derechos sean reconocidos de tres formas distintas dentro de un único ordenamiento” AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48 (2013), pp.37-74, p.38.

<sup>65</sup> Abordamos en mayor profundidad la necesidad de coherencia normativa en el sistema de protección de derechos humanos en el Capítulo II del presente trabajo. Eeckhout lo describe de forma metafórica explicando que es como si nos encontráramos ante una película en tres dimensiones, con una gran incertidumbre sobre cuáles son las lentes que deberíamos ponernos para evitar una visión borrosa, EECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?”, *Current Legal Problems* 2013, núm. 66, pp. 169-202, p.170; Weiss señala también el problema que surge tras la adopción del Tratado de Lisboa en cuanto a la necesidad de mantener un régimen coherente de derechos humanos en la Unión Europea: “a problem that emerged very early in the codification process – the problem of maintaining a coherent, workable fundamental rights regime in the EU, which has become quite complicated with the advent of the Lisbon Treaty”. No obstante, Weiss también considera que mantener la variedad de fuentes de derechos fundamentales trae su causa en la propia genealogía de la Unión y refleja los comienzos jurisprudenciales de la protección de los derechos humanos por parte de ésta, WEISS, W. “Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon”, *European Constitutional Law Review*, Volume 7, Issue 01, February 2011, p. 64 – 95, p. 66.

<sup>66</sup> El apartado 1 del artículo 3 del TUE establece que “La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”.

<sup>67</sup> Artículo 2 del TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y *respeto de los derechos humanos*, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.” (énfasis añadido); Como señala Carlos Fernández Liesa: “el Tratado de Lisboa



humanos se inscribe en las líneas de actuación de esta organización en sus “relaciones con el resto del mundo” en el apartado 5 del artículo 3 del TUE<sup>68</sup>. Asimismo, el apartado 1 del artículo 21 TUE prevé que “la acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, *la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional”<sup>69</sup>. Además, es importante señalar que, en virtud del artículo 49 del TUE, se exige a los Estados que deseen ingresar como miembros de la Unión Europea que se comprometan a respetar y promover los valores establecidos en el artículo 2 - y por consiguiente, entre ellos, los derechos humanos<sup>70</sup> -.

Sin embargo, se constata, como afirma el profesor Cástor Díaz-Barrado, la inexistencia de una política autónoma en materia de derechos humanos y la falta de un marco completo de promoción y protección de los mismos en las relaciones internacionales de la Unión Europea<sup>71</sup>. En este sentido, Araceli Mangas y Diego Liñán recuerdan que el ordenamiento jurídico de la Unión es de naturaleza “sectorial” y explican que no pertenece al ámbito de aquél la función normativa y de garantía de los derechos humanos<sup>72</sup>. Aunque habría sido

---

supone una apuesta por los valores en la construcción europea”, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica” *op. cit.* p.336.

<sup>68</sup> Artículo 3.5 del TUE: “En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y *la protección de los derechos humanos*, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.” (énfasis añadido)

<sup>69</sup> Énfasis añadido.

<sup>70</sup> Artículo 49 del TUE: “*Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión.* Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. El Estado solicitante dirigirá su solicitud al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo (...)” (énfasis añadido)

<sup>71</sup> DÍAZ BARRADO, C. M. “Los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea: nuevas bases para la fragmentación en materia de derechos humanos” *op. cit.* p.66. Así, este autor sostiene que “la Unión Europea cuenta hoy con “un sistema”, *eso sí disperso y fragmentario*, en materia de derechos humanos”, DÍAZ BARRADO, C.M. “La dispersión y sectorialización de los derechos humanos en la Unión Europea” *op. cit.* p.1456.

<sup>72</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones y Derecho de la Unión Europea”, Tecnos, Madrid, 2012, p.122. A este respecto conviene destacar que desde hace décadas se critica la falta de una política de derechos humanos sólida y coherente por parte de la Unión Europea, no sólo desde un punto de vista negativo de no vulnerar los derechos sino también desde la perspectiva positiva de promocionar su protección. Ya en el año 1998, Alston y Weiler declaraban: “The human rights policies of the European Union are beset by a paradox. On the one hand, the Union is a staunch defender of human

deseable la introducción de la protección de estos derechos como un objetivo expreso y una competencia específica de la Unión Europea, no podemos desdeñar el hecho de que el Tratado de Lisboa supone un importantísimo paso para la protección de los derechos humanos<sup>73</sup> y en particular, para el proyecto de adhesión de la Unión al Convenio, en el que tradicionalmente los Estados miembros han sido muy reticentes a comprometerse más allá de solemnes declaraciones políticas, como veremos más adelante.

El Tratado de Lisboa introdujo otra disposición – seguramente la más breve de todo el texto - esencial para las relaciones exteriores de la Unión; el artículo 47 TUE, “La Unión tiene personalidad jurídica”<sup>74</sup>. Una importante manifestación de la participación de la Unión Europea en el orden internacional es su capacidad para celebrar tratados<sup>75</sup>. En este sentido, conviene destacar que el Convenio de Roma no sería el primer tratado internacional de derechos humanos al que la Unión Europea se adheriría. En el marco universal, la UE ya es parte contratante de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>76</sup>. Se trata del primer instrumento amplio de

---

rights in both its internal and external affairs. On the other hand, it lacks a comprehensive or coherent policy at either level and fundamental doubts persist as to whether the institutions of the Union possess adequate legal competence in relation to a wide range of human rights issues arising within the framework of Community policies.” en ALSTON, P. and WEILER J. H. H. “An ‘Ever Closer Union’...” *op. cit.* p.661. Sin embargo, no puede desarrollarse una verdadera política de derechos humanos de la Unión Europea si no se dota de una competencia específica para ello, como también reconocen Alston y Weiler: “The need for a comprehensive human rights policy seems so compelling that it will be very difficult for an outside observer to understand why such a policy has not already been adopted. There are many reasons. Principal among them is the issue of competences. Yet the proposal for a significantly expanded human rights policy would be either naive or fraudulent if the Community and Union lacked the legal competences to enact it.” ALSTON, P./ WEILER J. H. H. “An Ever Closer Union...” *op. cit.* p. 678.

<sup>73</sup> A pesar de las críticas legítimas en el sentido de que el Tratado de Lisboa podría haber sido más incisivo en materia de derechos fundamentales, parece haber un consenso en que se ha alcanzado un alto nivel de compromiso en este campo, como apunta Graine De Burca: “There is general agreement, in other words, that the high point of the EU’s engagement with human rights has been reached”, DE BURCA, G. “The Road Not Taken...” *op. cit.* p.1

<sup>74</sup> Véase un análisis exhaustivo sobre la subjetividad internacional de la Unión en FERNÁNDEZ LIESA, C.R. “La Unión Europea como sujeto de la comunidad internacional” en MANERO SALVADOR, A. (coord.) *La acción exterior de la UE en materia de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria nº 4, 2014; DELGADO CASTELEIRO, A. *The International Responsibility of the European Union From Competence to Normative Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p.11 y ss. FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. *Las capacidades de la Unión Europea como sujeto de Derecho Internacional*, Educatori, Granada, 2010.

<sup>75</sup> El artículo 216 establece: “1. La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. 2. Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”; El artículo 218 establece el procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales, que se estudiará en el epígrafe 5.1.2 del presente trabajo.

<sup>76</sup> Adoptada por unanimidad junto con su Protocolo facultativo por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 61/611, 13 de diciembre de 2006. Fue abierta a la firma el 30 de marzo de 2007,

derechos humanos del siglo XXI y la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración<sup>77</sup>. Este convenio supone un importante paso hacia la progresiva atención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a grupos específicos, de lo que también son ejemplos la eliminación de la discriminación racial, la discriminación contra la mujer, la protección de los derechos del niño o los derechos de los pueblos indígenas<sup>78</sup>. La Unión Europea depositó su instrumento de confirmación oficial el 23 de diciembre de 2010, convirtiéndose en la 97ª parte contratante del Convenio y en la primera organización internacional en ser parte de un Tratado multilateral de derechos humanos<sup>79</sup>.

En el marco de protección regional del Consejo de Europa, la Unión Europea aún no se ha adherido a ninguno de los tratados de derechos humanos adoptados en su seno<sup>80</sup>. Más

---

disponible en <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html> (último acceso: 20 de marzo de 2017). Se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención. Cabe destacar que nunca una convención de las Naciones Unidas había reunido un número tan elevado de signatarios en el día de su apertura a la firma. Tanto la Convención como el Protocolo facultativo entraron en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>77</sup> Para un análisis exhaustivo de la participación de la Unión Europea en este tratado internacional, véase MARÍN AÍS, R. “La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos”, Tecnos, Madrid, 2013; SANTOS VARA, J. “Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en GONZÁLEZ ALONSO, L.N. y GARRIDO, M. *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz: ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?* Árbol académico, 2011, pp. 369-396.

<sup>78</sup> MARÍN AÍS, R. “La Unión Europea y el Derecho internacional de los derechos humanos” tesis doctoral. Director: Javier Roldán Barbero. Universidad de Granada, 2013, p.91. Según este autor, la Unión Europea también podría adherirse a los otros tratados de protección de derechos humanos en el marco universal como la Convención internacional sobre todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979, el Pacto de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o el Pacto de Naciones Unidas de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Véanse las páginas 149 y ss. de la misma obra.

<sup>79</sup> Con anterioridad, el Consejo había dado luz verde para que la Unión quedara obligada por tal instrumento internacional, pronunciándose por unanimidad en la Decisión de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE), DO L 23 de 27.1.2010, pp. 35-36.

<sup>80</sup> Sobre las relaciones entre la Unión Europea y el Consejo de Europa, véase el Memorandum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, adoptado en la Sesión 117ª del Comité de Ministros, en Estrasburgo, los días 10-11 de mayo de 2007, CM (2007)74. También conviene señalar que el artículo 220.1 TFUE prevé que la Unión “establecerá todo tipo de cooperación adecuada” con el Consejo de Europa, entre otras organizaciones internacionales; En el ámbito doctrinal véase, entre otros, DE SCHUTTER, O. ‘The Two Europes of Human Rights. The Emerging Division of Tasks Between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe’, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, No. 3, Summer 2008, pp. 509-561; QUINN, G ‘The European Union and the Council of Europe on the Issue of Human Rights: Twins Separated At Birth’, *McGill Law Journal* 849, 46, 2001; SANZ CABALLERO, S. “La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas” en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004 pp.59-92; Incluso cabe señalar la propuesta de fusionar ambas organizaciones internacionales en: TOTH, A.G. ‘The European Union and Human Rights: the Way Forward’, *Common Market Law Review*, 34, 1997. Por otro lado, conviene apuntar que tanto relación entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

allá de la adhesión al Convenio de Roma, como objeto central del presente trabajo, también conviene tener en cuenta las propuestas existentes para que la Unión se convierta en parte contratante de otros importantes convenios de derechos humanos adoptados en el ámbito de esta organización internacional. Cabe destacar, en primer lugar, la Carta Social Europea de Turín de 1971 y la Carta Social Europea revisada de 1996<sup>81</sup>. La posibilidad de que la Unión (o la Comunidades Europea en aquel entonces) formara parte de la Carta Social Europea es una cuestión antigua. El “proyecto Spinelli”<sup>82</sup> ya proponía en 1984, que, en el plazo de cinco años desde su adopción, se debatiera tanto sobre la adhesión de la Unión al CEDH como a la Carta Social Europea<sup>83</sup>. En 1989, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa apelaba en una Resolución a las instituciones de la Unión a ratificar la Carta Social<sup>84</sup>.

No obstante, la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos ha recibido mucha mayor atención que la Carta de Turín y su versión revisada. Esta desigualdad se ha plasmado en el Derecho originario de la Unión que prevé la adhesión de esta organización al CEDH, pero guarda silencio respecto a la Carta Social Europea. Esta diferenciación es ilustrativa del trato privilegiado que la Unión Europea confiere a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales<sup>85</sup>. El profesor Luis Jimena,

---

y el Convenio como la interacción entre el Tribunal de Justicia de la Unión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos serán abordadas en el Capítulo II.

<sup>81</sup> Sobre estos instrumentos internacionales, véase: MANERO SALVADOR, A. “El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional” Fundación Alternativas, Estudios de progreso, 75/2013, p.30 y ss; SANZ CABALLERO, S. “The European Social Charter As an Instrument to Eradicate Poverty: Failure or Success”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2008, no 64/65. La Carta Social Europea fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965. Está disponible en el siguiente enlace: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035> (último acceso: 21 de marzo de 2017). La Carta fue revisada (se aumentó la lista de derechos protegidos) mediante un nuevo instrumento internacional firmado el 3 de mayo de 1996, en vigor desde el 1 de julio de 1999. Está disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163> (último acceso: 21 de marzo de 2017). Conviene señalar que la Carta de 1961 sólo ha sido ratificada por 23 de los 28 Estados miembros de la Unión Europea. Aquellos Estados que no han ratificado ésta, sí son en cambio Partes en la Carta Social revisada (Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Lituania y Rumanía).

<sup>82</sup> Aprobado en el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 como un proyecto de tratado para constituir la Unión Europea. El Proyecto fue inicialmente publicado en la sección documental del Boletín EUROPE, números 1.287/88 y 1.289/90, de 3-1-1984. El texto finalmente votado, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 77. de 19111-1984.

<sup>83</sup> DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, *Revue trimestrielle des Droits de l’homme*, vol 21, n° 83, 2010, p.19.

<sup>84</sup> Véase la resolución de la Asamblea Parlamentaria 915 (1989), de 9 de mayo de 1989.

<sup>85</sup> MARÍN AÍS, R. “La Unión Europea y el Derecho internacional de los derechos humanos” *op. cit.* p.151, nota 385.

ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>86</sup> afirma que “la adhesión de la Unión Europea al CEDH debería ir acompañada paralelamente de la adhesión de aquélla a la CSE (Carta Social Europea) del Consejo de Europa, para que la democracia política y social vayan de la mano y por coherencia con el principio de indivisibilidad de los derechos humanos”<sup>87</sup>. En este sentido, el Parlamento Europeo pedía a la Comisión en una Resolución de 2015 que considerara “la posibilidad de proponer la adhesión a la Carta Social Europea, con el fin de salvaguardar efectivamente los derechos sociales de los ciudadanos europeos”<sup>88</sup>. Sin embargo, en la fecha de presentación de este trabajo, no existe aún una propuesta formal para que la Unión sea parte contratante de la Carta Social Europea, pese a que las voces que se han alzado llamando a la necesidad de esta adhesión<sup>89</sup>.

Por otro lado, cabe destacar la posibilidad de que la Unión Europea sea parte contratante del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, abierto a la firma en Estambul en 2011<sup>90</sup>. Este tratado sigue un enfoque holístico y aborda la cuestión de la violencia contra las mujeres y las

---

<sup>86</sup> Órgano del Consejo de Europa cuyo fin es velar por el cumplimiento de los derechos enunciados en la Carta Social Europea de 1961 y en su versión revisada de 1996.

<sup>87</sup> JIMENA QUESADA, L. “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 13, 2009, pp. 389-407, p.398

<sup>88</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014) (2014/2254(INI)).

<sup>89</sup> Jörg Luther considera que la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social podría llevarse a cabo sin revisión de los Tratados, puesto que ya contaría con competencia para ello. LUTHER, J. *Is there any “perspective” for an European Accession to the European Social Charter?* University of Piemonte orientale, Italy, 8 october, 2014, disponible en <https://racseanesc.org/tag/academic-network-on-european-social-charter-and-social-rights/> (ultimo acceso: 21 de marzo de 2017). Véase especialmente el exhaustivo estudio realizado por Olivier De Schutter, principalmente las páginas 46 y siguientes, donde analiza la posible adhesión de la Unión a la Carta Social Europea a la luz del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos; DE SCHUTTER, O. “The European Social Charter in the context of the implementation of the EU Charter of Fundamental Rights”, Estudio realizado para el Comité de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 2016; véanse también los siguientes trabajos: DE SCHUTTER, O. L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne, 2004 EUI Working Paper LAW 2004/11; DE SCHUTTER, O., “Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession”, in DE BURCA, G. and DE WITTE, B. (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 111-152; DE SCHUTTER, O., “L’adhésion de l’Union européenne à la Charte sociale européenne”, Université Catholique de Louvain, 2014; KHALIQ, U. “The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013; LUTHER, J. ‘Perspectives for an Accession of the European Union to the (Revised) European Social Charter’, in LUTHER, J. and MOLA, L. (eds.) *Europe’s Social Rights under the Turin Process*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

<sup>90</sup> El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica fue firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y entró en vigor el 1 de agosto de 2014, disponible en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (último acceso: 22 de marzo de 2017). En la fecha de presentación de este trabajo, todos los Estados miembros de la Unión han firmado el Convenio, pero solo catorce de ellos lo han ratificado (Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Italia, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia).

niñas y la violencia de género desde diferentes perspectivas, como la prevención, la lucha contra la discriminación, las medidas penales contra la impunidad, la protección y la asistencia a las víctimas, la protección de los menores, la protección de las mujeres solicitantes de asilo y las mujeres refugiadas. De conformidad con su artículo 75, el Convenio está abierto a la firma y aprobación por los Estados miembros del Consejo de Europa, los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración y la Unión Europea, y, en las condiciones establecidas en su artículo 76, a la adhesión de otros Estados no miembros. Conviene señalar que en las reuniones de negociación que tuvieron lugar entre diciembre de 2009 y diciembre de 2010, participó la Unión Europea junto con los Estados miembros en calidad de observadora. En marzo de 2016, la Comisión Europea propuso formalmente que la Unión Europea se adhiriera a este importante instrumento<sup>91</sup>, el primero jurídicamente vinculante sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres a escala internacional<sup>92</sup>. En noviembre del mismo año, el Parlamento Europeo adoptaba una resolución en la que afirmaba acoger con satisfacción la propuesta de la Comisión de firmar y concluir la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul, pero lamentaba que las negociaciones en el Consejo no progresaran al mismo ritmo<sup>93</sup>.

Como señala Andrés Delgado Casteleiro, no existe otra organización internacional que haya obtenido tantos poderes y haya evolucionado tan rápido como la Unión Europea<sup>94</sup>, lo cual la convierte en una fuente potencial de violación de los derechos fundamentales. Por esa razón, es crucial que la Unión participe en tratados internacionales para la protección de derechos humanos y se comprometa a la promoción y a la defensa de estos en todos los asuntos que recaigan en el ámbito de sus competencias<sup>95</sup>. En este contexto, la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de derechos humanos se convierte en un paso sin precedentes en la historia del Derecho internacional público<sup>96</sup>. El punto de

---

<sup>91</sup> Véase el documento de 4 de marzo de 2016, COM(2016) 109 final 2016/0062 (NLE) Propuesta de Decisión del Consejo, relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

<sup>92</sup> Sobre la necesidad de que Unión se adhiriera a este instrumento internacional, véase DE VIDO, S. “The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System”, *European Journal of Legal Studies*, Issue 23, 2017.

<sup>93</sup> Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2016, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (2016/2966(RSP)).

<sup>94</sup> DELGADO CASTELEIRO, A. *The International Responsibility of the European Union From Competence to Normative Control*, op. cit. p.3.

<sup>95</sup> DE SCHUTTER, O. et BUTLER, I. ‘Binding the EU to International Human Rights Law’ op. cit. p.279.

<sup>96</sup> GRAGL, P. “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights” op. cit. p.9.

inflexión se produce no por la participación de una organización internacional en un tratado elaborado en el seno de otra<sup>97</sup> – que, como hemos visto, ya ha sucedido en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y está previsto para otros convenios – sino por el sometimiento de aquélla a un mecanismo judicial de control sin parangón: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Cabe hacer referencia aquí a la reflexión de Isiksel Turkuler. Esta autora afirma que la adhesión de la Unión al CEDH se sitúa en un momento emblemático del llamado “*Derecho Internacional 2.0*”, que se ha ido desarrollando desde el final de la Segunda Guerra Mundial. En esta nueva fase del Derecho Internacional, no sólo Estados sino también organizaciones internacionales, adquieren derechos y obligaciones entre ellas y en relación a sus miembros, así como hacia sus ciudadanos. ISIKSEL, T. “European Exceptionalism and the EU’s Accession to the ECHR” *The European Journal of International Law* Vol. 27 no. 3, p.567.

<sup>98</sup> Véanse en este sentido las palabras de la Abogada General Kokott en sus conclusiones al ya referido Dictamen 2/13: “El planteamiento de la adhesión de la Unión al CEDH da lugar a una coyuntura particular, si no única, en que una organización internacional y supranacional (la Unión Europea) se somete al control de otra organización internacional (el Consejo de Europa) en lo que atañe al respeto de un nivel común elemental en materia de derechos fundamentales”, Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de junio de 2014, (aunque fueron publicadas el mismo día que el Dictamen 2/13, el 18 de diciembre de 2014), apartado 25.

# CAPÍTULO I: LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ADHESIÓN

## 1.1.Las primeras propuestas sobre la adhesión: de 1973 a 1990

### 1.1.1. Las primeras declaraciones políticas ante el silencio de los Tratados

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos es considerado como uno de los proyectos jurídicos europeos más importantes<sup>99</sup>. Como afirma Jean-Paul Jacqué, el problema de las relaciones entre el Convenio de Roma y las Comunidades Europeas es casi tan antiguo como la propia integración<sup>100</sup>. Por tanto, está lejos de constituir una cuestión novedosa, aunque no por ello deje de estar de plena actualidad<sup>101</sup>. Conviene destacar que, ya en el año 1953, el fallido proyecto de Comunidad Política Europea, intentó incorporar a su Estatuto fundacional, por remisión, el Convenio de Roma<sup>102</sup>. Posteriormente, en los años sesenta y setenta, la doctrina se comenzó a interesar por la relación de las Comunidades con el CEDH e intensas discusiones académicas en torno a esta cuestión tuvieron lugar en esa época<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> CALLEWAERT, J. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: une question de coherence” *Cahiers du CEDIE*, Working Papers, 2013/3, n. 16, p.5.

<sup>100</sup> JACQUÉ, J.P. “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, nº 48, 2011, p.995: “*The problem of relations between the ECHR and European integration is almost as old as integration itself*”.

<sup>101</sup> GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, algunas cuestiones sobre el proyecto de acuerdo relativo a la adhesión” en GOIZUETA VÉRTIZ, J., CIENFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 80.

<sup>102</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014”, WP IDEIR nº 26 (2015), p.2. Hay que precisar que tal remisión se refería solamente al Título I del Convenio, esto es, la parte sustantiva del Convenio dedicada a los “derechos y libertades”- y omitía, en cambio, el Título II, dedicado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por tanto, eludía sujetarse a la jurisdicción de éste.

<sup>103</sup> Véase la Mesa Redonda sobre “derechos especiales y una carta de derechos de los ciudadanos de la Comunidad Europea” que fue organizada por el Parlamento Europeo en Florencia del 26 al 28 de octubre de 1978 y a la que asistieron tanto profesores universitarios como miembros del Parlamento. Véanse también los resultados de la sesión especial del Comité de Asuntos jurídicos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 12 de junio de 1975 en Estrasburgo sobre la protección de los derechos fundamentales en el marco de las Comunidades Europeas, los resultados del 7º Congreso Internacional de la International Federation of European Law (FIDE) del 2 al 4 de octubre de 1975 en Bruselas y el 4º Coloquio sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos que tuvo lugar del 5 al 8 de noviembre de 1975 en Roma. Asimismo, véanse los trabajos escritos por la doctrina en aquella época: COHEN-JONATHAN, “Le problème de l’adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Mélanges en l’honneur de P.H. Teitgen* (Pedone, 1984), ECONOMIDES, P. y WEILER, J., “Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission



Lo que en un principio parecían meros postulados teóricos fueron materializándose en propuestas políticas; primero sobre la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea en general, para centrarse, posteriormente, en respuestas más concretas en torno a la necesidad de un catálogo de derechos y a la adhesión al CEDH. De esta forma se intentaba suplir el ya referido silencio inicial de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas en el ámbito de los derechos humanos. Las instituciones comenzaron a hacerse eco de la necesidad de la defensa de estos derechos y así fueron planteando declaraciones políticas al respecto<sup>104</sup>. La primera declaración importante en este sentido fue fruto de la Cumbre Europea que tuvo lugar los días 14 y 15 de diciembre de 1973 en Copenhague. En la capital danesa, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros – nueve, por aquel entonces - hicieron una Declaración solemne sobre la identidad europea. En ese documento se comprometían a defender los principios de la democracia representativa, el Estado de Derecho, la justicia social y el respeto de los derechos humanos, elementos fundamentales de esa identidad europea<sup>105</sup>. Según Jean Paul Costa, esa Declaración contendría el germen de la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>106</sup>.

---

Memorandum", *Modern Law Review*, 42, 1979, pp. 683 et ss p. 82; GANSHOF VAN DER MEERCH, W.J. (prés.), *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Vander, 1981; SCHERMERS, "The European Communities under the European Convention on Human Rights" *Legal Issues of European Integration*, 1978; WAELBROECK, M. "La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes?", *Droit communautaire et droit national*, De Tempel, 1965, pp. 305-318.

<sup>104</sup> En relación a las declaraciones políticas de las Comunidades Europeas respecto a la protección de los derechos fundamentales, interesa señalar la posición crítica de ECONOMIDES, K., y WEILER, J.H.H, "Accession of the Communities to the European Convention..." *op. cit.* p.685: "The political history of the EEC is replete with declarations of commitments to fundamental rights. Yet an aggrieved individual deprived of his rights is not really interested in the intentions of Member States or the Communities; rather, he wishes to know what are the avenues open to him and how substantive and procedural guarantees may be employed in his favour." Hartley señala que, si bien no eran jurídicamente vinculantes, puede que el Tribunal de Justicia se inspirara en ellas. HARTLEY, TC. *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, 2010, p.150.

<sup>105</sup> Declaration on European Identity, Copenhagen. Bulletin of the European Communities. December 1973, No 12. Luxembourg: Office for official publications of the European Communities. "Declaration on European Identity", p. 118-122: "Sharing as they do the same attitudes to life, based on a determination to build a society which measures up to the needs of the individual, they are determined to defend the principles of representative democracy, of the rule of law or social justice -- which is the ultimate goal of economic progress -- and of respect for human rights. All of these are fundamental elements of the European identity." (énfasis añadido)

<sup>106</sup> COSTA, J. P., "La Convention Européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la problématique de l'adhésion de l'UE à la Convention", *EUI Working Paper Law*, n. 2004/5, p. 9: "Référence aux droits de l'homme était déjà faite dans la Déclaration des Chefs d'État et de gouvernement des pays membres de la CEE sur l'identité européenne (Copenhague, 14 décembre 1973), ce qui contenait en germe l'adhésion à la Convention des droits de l'homme".

Posteriormente, el 5 de abril de 1977, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión emitieron una Declaración conjunta<sup>107</sup> en la que expresaban la importancia de proteger los derechos humanos, particularmente derivados de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del Convenio Europeo de Derechos humanos y afirmaban su intención de respetarlos en el ejercicio de sus competencias para lograr los objetivos de las Comunidades<sup>108</sup>. Esta Declaración puede interpretarse como una confirmación política de la jurisprudencia del Tribunal en este ámbito más que como un verdadero compromiso de las instituciones a asumir un papel proactivo como guardianes de esos derechos<sup>109</sup>. A este respecto, también es importante destacar las palabras de Ricardo Alonso: “La Declaración en cuanto tal, por tanto, no supuso ningún vuelco respecto de la situación preexistente; y, sin embargo, tuvo su importancia: se hizo visible de cara al ciudadano el reconocimiento por parte de las instituciones políticas europeas de límites infranqueables vinculados a la esfera inviolable del individuo al tiempo que se bendijo la metodología a seguir para su efectiva protección”<sup>110</sup>. Por su parte, Robles califica esta Declaración como el documento político más importante en esta materia<sup>111</sup>. Asimismo, conviene destacar que la Comisión Europea de Derechos Humanos se hizo eco de esta

---

<sup>107</sup> Joint Declaration by the European Parliament, Council and the Commission concerning the protection of fundamental rights and the ECHR (Luxemburgo, 5 abril 1977), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, número 103, de 27 de abril de 1977, disponible en: [http://www.cvce.eu/en/obj/joint\\_declaration\\_by\\_the\\_european\\_parliament\\_council\\_and\\_the\\_commission\\_concerning\\_the\\_protection\\_of\\_fundamental\\_rights\\_and\\_the\\_echr\\_luxembourg\\_5\\_april\\_1977-en-9b6086c8-9763-4355-bf66-3699f1d78b79.html](http://www.cvce.eu/en/obj/joint_declaration_by_the_european_parliament_council_and_the_commission_concerning_the_protection_of_fundamental_rights_and_the_echr_luxembourg_5_april_1977-en-9b6086c8-9763-4355-bf66-3699f1d78b79.html). Véase un comentario de esta Declaración en FORMAN, J. “The Joint Declaration on fundamental Rights”, *European Law Review*, 1977, pp. 210-215.

<sup>108</sup> “1. The European Parliament, the Council and the Commission stress the prime importance they attach to the protection of fundamental rights, as derived in particular from the constitutions of the Member States and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.  
2. In the exercise of their powers and in pursuance of the aims of the European Communities they respect and will continue to respect these rights.”

<sup>109</sup> CONTE, A., “A Europe of Rights: History of the EU Charter”, European Parliament, Archive and Documentation Centre, *CARDOC Journals*, n° 9, Publications Office of the European Union, 2012, p.13: “The Declaration can be read as a political confirmation of the case law on this subject and a defensive statement that EC law does respect fundamental rights rather than a strong commitment to playing a proactive role as a guardian of such rights”.

<sup>109</sup> “1. The European Parliament, the Council and the Commission stress the prime importance they attach to the protection of fundamental rights, as derived in particular from the constitutions of the Member States and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.  
2. In the exercise of their powers and in pursuance of the aims of the European Communities they respect and will continue to respect these rights.”

<sup>110</sup> ALONSO GARCÍA, R. “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público* n° 13 (mayo-agosto 2011), p.15.

<sup>111</sup> ROBLES MORCHÓN, G. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Ceura, 1988, p.150.

Declaración en su importantísima decisión *M & Co*<sup>112</sup>, afirmando que, a pesar de que los tratados constitutivos de la Comunidad Europea no contuvieran un catálogo de derechos, el Parlamento, el Consejo y la Comisión habían afirmado que otorgaban máxima importancia a la protección de los derechos fundamentales<sup>113</sup>. Un año más tarde de la Declaración de 1977, los Jefes de Estado y de Gobierno declararon solemnemente en el Consejo Europeo de 8 de abril de 1978 que el respeto por la democracia representativa y por los derechos humanos en cada Estado miembro eran elementos esenciales de la pertenencia a la Comunidad<sup>114</sup>.

### 1.1.2. El Informe de la Comisión Europea de 1976

La Comisión Europea emitió el 4 de febrero de 1976 un informe titulado “la protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho comunitario”<sup>115</sup> que fue transmitido al Parlamento Europeo y al Consejo<sup>116</sup>. En este documento, la Comisión afirmaba que los derechos fundamentales constituían, indudablemente, una parte esencial del ordenamiento jurídico comunitario<sup>117</sup>. Asimismo, realizaba un recorrido por la imprescindible jurisprudencia<sup>118</sup> del Tribunal de Luxemburgo relativa a

---

<sup>112</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de febrero de 1990, en el asunto *M. & Co. v. Federal Republic of Germany*, nº de solicitud 13258/87.

<sup>113</sup> Decisión en el asunto *M & Co*, p.7: “The Commission notes that the legal system of the European Communities not only secures fundamental rights but also provides for control of their observance. It is true that the constituent treaties of the European Communities did not contain a catalogue of such rights. However, *the Parliament, the Council and the Commission of the European Communities have stressed in a joint declaration of 5 April 1977 that they attach prime importance to the protection of fundamental rights*, as derived in particular from the Constitution of the Member States and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. They pledged that, in the exercise of their powers and in pursuance of the aims of the European Communities, they would respect and continue to respect these human rights” (énfasis añadido)

<sup>114</sup> Declaration on Democracy, Copenhagen European Council, 8 April 1978, Bulletin EC 3-1978, Preliminary Chapter, p.5-6.

<sup>115</sup> The protection of fundamental rights as Community law is created and developed. Report of the Commission submitted to the European Parliament and the Council. COM (76) 37 final, 4 february 1976, (BOCE, supl. 5/76), disponible en: <http://aei.pitt.edu/5377/> (último acceso: 3 de enero de 2017)

<sup>116</sup> En realidad, este informe fue redactado a propuesta de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo que, en una Resolución de 4 de abril de 1973, invitaba a la Comisión a entregar un informe sobre cómo pretendía “al crear y desarrollar el Derecho Europeo, prevenir cualquier violación de los derechos básicos recogidos en las Constituciones de los Estados miembros, cuyos principios representan la base filosófica, jurídica común a los Estados miembros de la Comunidad” (párrafo 1 del Informe de la Comisión de 1976)

<sup>117</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 8: “Today, fundamental rights -however they may be defined -undeniably constitute an essential part of the Community legal order ”

<sup>118</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 9.

la protección de los derechos fundamentales, citando las sentencias más representativas en este campo, como *Stork*<sup>119</sup>, *Stauder*<sup>120</sup>, *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>121</sup>, *Nold*<sup>122</sup> o *Rutili*<sup>123</sup>. Además, la Comisión no sólo se refería a las sentencias del TJUE, sino que también se hacía eco de los rompedores pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano<sup>124</sup> que también marcaron un hito en la historia de la protección de los derechos fundamentales en Europa<sup>125</sup>. Por lo que respecta al Tribunal Constitucional Federal alemán, el *Bundesverfassungsgericht*, el 29 de mayo de 1974 dictaba una polémica y célebre sentencia que será popularmente conocida como *Solange I*<sup>126</sup>. En ella, el Tribunal alemán declaraba que mientras el Derecho Comunitario no tuviese un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y equiparable al contenido de la Constitución alemana - la Ley Fundamental de Bonn - revisaría las normas de la Unión Europea a la luz de los derechos fundamentales consagrados en aquélla<sup>127</sup>.

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1959, *Stork*, C-1/58, ECLI:EU:C:1959:4.

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114.

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1974, *Nold*, C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51.

<sup>123</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137.

<sup>124</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 10.

<sup>125</sup> Como señala Carlos Fernández Liesa: “El inicio de la protección de los derechos en la Comunidad Europea se debió en gran parte a la rebelión de los Tribunales constitucionales, lo que suponía una amenaza a la primacía del derecho comunitario, que se resolvió iniciando la protección pretoriana, acudiendo a los principios generales del derecho comunes a los Estados miembros”, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica op. cit.* p.419; Particularmente respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, Martín Pérez de Nanclares afirma: “No en vano la jurisprudencia *Solange* impulsó de manera decisiva la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia en materia de derechos humanos”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)” *REAF* núm. 13, abril 2011, pp. 97-145, p.98.

<sup>126</sup> Recibe este nombre por el inicio de este importantísimo párrafo de la sentencia del *BverfG* de 29 de mayo de 1974, 37, 271 (285) (*Solange* en castellano se traduciría como “en tanto en cuanto”):

“En tanto en cuanto el proceso de integración de la Comunidad no se haya desarrollado hasta tal grado que el Derecho Comunitario Europeo también contenga un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, el cual sea equiparable al contenido de la Ley Fundamental del Bonn...”

<sup>127</sup> Doce años más tarde, en la sentencia *Solange II* dictada el 22 de octubre de 1986 (BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83), el *Bundesverfassungsgericht* declaró que no revisaría en lo sucesivo la compatibilidad del Derecho Comunitario con los derechos fundamentales de la Constitución alemana siempre que la Unión Europea, y en particular, el Tribunal de Luxemburgo, garantizaran una protección de los derechos en un grado “esencialmente equivalente” al de la Constitución alemana. El Tribunal Constitucional alemán finalmente no anuló ningún acto comunitario en base a la Ley Fundamental de Bonn. En relación con esta sentencia, véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOLKER, U. “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, en *RÍE*, 1987/3, pp. 667 y ss. y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. “Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1175 y ss, en especial 1191-1197.

La Comisión también hacía referencia a la sentencia *Frontini*<sup>128</sup> dictada por el Tribunal Constitucional italiano en diciembre de 1973 que, si bien admitía que a través del artículo 11 de su Constitución el Estado italiano había consentido limitaciones a su soberanía al formar parte de las Comunidades Europeas, manifestaba sus reservas en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, la *Corte Costituzionale* afirmaba que en la hipótesis de que las instituciones comunitarias hicieran una interpretación “aberrante” de sus poderes, el Tribunal siempre revisaría la compatibilidad del Tratado con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y los derechos inalienables de las personas, sentando así la famosa doctrina de los “*controlimiti*”<sup>129</sup>. Sendas jurisdicciones constitucionales coincidían en la aceptación del ejercicio de un control de constitucionalidad sobre el Derecho Comunitario en caso de violación de derechos fundamentales. En efecto, ambas sentencias reservaban a los tribunales nacionales un último derecho de supervisión sobre las medidas comunitarias que pudieran resultar contrarias a las constituciones de los Estados miembros y particularmente, a los derechos consagrados en las mismas<sup>130</sup>. No obstante, la postura del Tribunal Constitucional italiano era más moderada que la alemana ya que reconocía que los derechos fundamentales estaban protegidos en el ordenamiento comunitario y tan sólo consideraba que sería necesaria su intervención en un caso hipotético y lejano como que las instituciones conculcaran los límites<sup>131</sup>. Años más tarde, el Tribunal italiano reiteró esta doctrina en las sentencias *Granital*<sup>132</sup> y *Fragd*<sup>133</sup>, afirmando de nuevo que los

---

<sup>128</sup> Sentencia de 27 de diciembre de 1973 en el caso 183/73, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (último acceso: 9 de diciembre de 2014)

<sup>129</sup> Fundamento jurídico 9 de la Sentencia *Frontini*: “È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali” (énfasis añadido)

<sup>130</sup> MUÑOZ MACHADO, S. “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea...” *op. cit.* p.199.

<sup>131</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005, p.178.

<sup>132</sup> Sentencia de 8 de junio de 1984 en el caso 170/1984, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (último acceso: 9 de diciembre de 2014)

<sup>133</sup> Sentencia de 22 de mayo de 1989 en el caso 232/1989, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (último acceso: 9 de diciembre de 2014)

derechos fundamentales consagrados en la Constitución italiana constituyen un límite infranqueable para las Comunidades Europeas. La referencia a estas sentencias por parte de la Comisión no era un asunto baladí. Al contrario, estas decisiones de los tribunales constitucionales alemanes e italianos tendrían un impacto decisivo en el rumbo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea<sup>134</sup>.

Lo más relevante del Informe de 1976 a efectos del presente trabajo es que la Comisión se pronunciaba por primera vez sobre la posibilidad de la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH, manifestándose abiertamente contraria a la misma. La Comisión afirmaba rotundamente que no consideraba necesario que la Comunidad se convirtiera en Parte del Convenio, ya que los derechos fundamentales consagrados en el mismo eran reconocidos como vinculantes en el contexto del Derecho Comunitario sin necesidad de un acto constitutivo ulterior<sup>135</sup>. Asimismo, a pesar de que la Comisión reconocía que los derechos fundamentales eran “principios regulatorios de una sociedad plural” y consideraba que las instituciones comunitarias debían tenerlos en cuenta, se mostraba muy segura – en nuestra opinión, excesivamente optimista - sobre la improbabilidad de que estas violaran aquellos<sup>136</sup>.

Con respecto a la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales propio de las Comunidades Europeas, la Comisión decía mostrarse a favor, pero consideraba que en

---

<sup>134</sup> De Schutter y Butler afirman que el TJUE tomó la iniciativa de proteger los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario para establecer su primacía frente a las objeciones de los tribunales constitucionales de ciertos Estados miembros, haciendo referencia implícita a los tribunales alemán e italiano, DE SCHUTTER y BUTLER, I, ‘Binding the EU to International Human Rights Law’, *Yearbook of European Law*, vol. 27 (2008), pp. 277-320, p.277: “Despite the absence of any specific mandate in the Treaties, the European Court of Justice (ECJ) took the initiative of developing these rights as general principles of Community law as part of its attempt to establish the legitimacy of EC law and its claim to supremacy in the face of objections from the constitutional courts of certain Member States”; Eeckhout afirma: “That is certainly the case as regards the EU system of fundamental rights protection, which is the product of the pressure exercised by the German and Italian constitutional courts”, EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue: autonomy or autarky?” *Jean Monnet Working Paper* 01/15, New York University School of Law, 2015, p.2; Paul Gragl declara: “the discussion on the issue of fundamental rights protection within the Union’s legal system and the eventual accession to the Convention was mainly triggered by the German Constitutional Court and its *Solange I* decision” en GRAGL, P. “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights”, Hart Publishing, Oxford, 2013, p.4. Asimismo, como referimos anteriormente, varios autores apuntan a las sentencias de estos Tribunales constitucionales como las causantes del viraje de la Comisión Europea en su postura respecto de la adhesión, que plasmó en el Memorándum del año 1979.

<sup>135</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 28: “The Commission does not consider it necessary for the Community as such to become a party to the Convention. The fundamental rights laid down as norms in the Convention are recognized as generally binding in the context of Community law without further constitutive act.”

<sup>136</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 29: “Fundamental rights are, however, regulatory principles of a pluralistic society and should be taken into account as such by the Community institutions even if *it is unlikely that they may, in a specific case, be infringed*” (énfasis añadido)

aquel momento preciso de la integración comunitaria era mejor optar por el modelo judicial de protección<sup>137</sup>. Cabe destacar este enfoque de la Comisión según el cual pareciera que las opciones de adherirse al CEDH, elaborar un catálogo de derechos o la labor pretoriana del Tribunal de Justicia fueran incompatibles y excluyentes entre sí. En este sentido, la Comisión afirmaba que el estándar de protección de los derechos fundamentales de entonces, tal y como se podía extraer de las decisiones del Tribunal de Justicia, era satisfactorio<sup>138</sup>. En efecto, la Comisión mostraba su máxima confianza en esta institución de la que decía que garantizaba “el máximo nivel de protección” de los derechos<sup>139</sup> y por ello, no veía necesario emprender otras vías de actuación a medio plazo<sup>140</sup>. Por tanto, la Comisión se manifestaba clara y exclusivamente a favor del modelo judicial de protección de derechos fundamentales, descartando tanto la adhesión al CEDH como la elaboración - por el momento - de un catálogo de derechos fundamentales.

### 1.1.3. El Memorándum de la Comisión Europea de 1979

Es curioso observar cómo la Comisión, tan sólo tres años más tarde, cambió radicalmente de postura respecto a la integración de las Comunidades en el CEDH<sup>141</sup>. Así se refleja en el importantísimo documento adoptado el 4 de abril de 1979, que no es un informe genérico sobre la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad como era

---

<sup>137</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 32: “Expert opinions expressed recently on this question in legal academic circles have been overwhelmingly to the effect that protection of fundamental rights by the judicial authority is preferable to an attempt to codify the rights to be protected. The Commission, although being in favour of a Community catalogue in its report on European Union, considers that in the present state of integration the reasons put forward in favour of a judicial solution are conclusive.”

<sup>138</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 39: “In view of developments so far, the Commission is of the opinion that the present standard of protection of fundamental rights, as this can be taken from the more recent decisions of the Court of Justice, is satisfactory.”

<sup>139</sup> Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976, citado en nota 25, punto 39: “As regards the present and the near future, however, the Commission shares the opinion of the Parliament that in the light of the present structure of the Community, *the most complete protection of fundamental rights is ensured by the Court of Justice which guarantees a maximum level of protection*” (énfasis añadido)

<sup>140</sup> La única crítica que la Comisión realiza del sistema judicial comunitario se refiere al acceso de las personas físicas a los recursos ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad (el “*locus standi*”) cuestión que incluso a día de hoy no está exenta de polémica (informe de la Comisión, punto 39)

<sup>141</sup> José Puente Egido afirma: “La Comisión, modificando radicalmente su anterior postura contraria a la adhesión a la CEDH, se hizo defensora principal de ésta, seguida ciertamente por el Parlamento Europeo” en PUENTE EGIDO, J.: “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada”, en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. / SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.): *Soberanía del Estado y Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005 p.1129.

el de 1976, sino que está centrado especialmente en la adhesión, tal y como reza su propio título: “Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales”<sup>142</sup>. La propia Comisión intenta justificar su viraje afirmando que una consideración más detenida había revelado los inconvenientes que producía la falta de un catálogo de derechos tanto para la imagen de la Comunidad en general como para la protección de los derechos del ciudadano europeo<sup>143</sup>. No obstante, algunos autores apuntan a la representativa sentencia *Solange I*, dictada en 1974, como la verdadera razón que impulsó a la Comisión a dar un giro de 180 grados y publicar un Memorándum en favor de la adhesión<sup>144</sup>. En cambio, Fernández Tomás considera que es la Declaración conjunta de 5 de abril de 1977 la que sirve para “desviar significativamente la postura inicial de la Comisión y unirla a los planteamientos del Tribunal de Luxemburgo”<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, COM (79) 210 final, 2 de mayo de 1979, (BOCE, supl. 2/79) disponible en: <http://aei.pitt.edu/6356/> (último acceso: 3 de enero de 2017)

<sup>143</sup> Memorándum, párrafo 6: “In its Report of 4 February 1976 to the European Parliament, the Commission (...) did not consider it necessary for the Community formally to accede to this Convention. Closer consideration has recently revealed more clearly to the Commission the disadvantages which arise from the lack of a written catalogue both for the image of the Community in general and for the protection of the rights of the European citizen. As a result, *the Commission has reconsidered its position*. It has considered the legal and technical problems which would be posed by the accession of the Community to the ECHR and it has come to the conclusion that there are no obstacles to such a step that cannot be overcome” (énfasis añadido)

<sup>144</sup> DOMINICK, M. F. “Toward a Community Bill of Rights: The European Community Charter of Fundamental Social Rights”, *Fordham International Law Journal*, Volume 14, Issue 3, 1990, p. 643: “In April 1979, the Commission submitted a far-reaching proposal to the Council of Ministers, formally recommending that the Community accede to the European Convention on Human Rights. *Its effort was in large part prompted by the 1974 Solange I decision of the Bundesverfassungsgericht (...)*” (énfasis añadido); En este sentido, y no sólo referente a la actitud del tribunal alemán, sino también a la del tribunal constitucional italiano, Rafael Marín escribe: “Tanto su empleo (el del CEDH) como la introducción del debate sobre una posible adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH aparecen con la clara intención de vencer las reticencias de los tribunales alemán e italiano a aceptar la primacía del derecho comunitario sobre sus ordenamientos constitucionales internos”, en MARÍN AÍS, “La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos”, Tecnos, Madrid, 2013, p. 27; En esta misma línea, Puente Egido señala: “...el fuerte poder normativo de las instituciones comunitarias, invasor y “lesivo” de posiciones individuales protegidas por las leyes fundamentales de los Estados miembros, corría el riesgo de quedar desvirtuado por la oposición que Tribunales Constitucionales de los Estados miembros podían comenzar a hacerle; sobre todo aquellos Tribunales más vigilantes y puntillosos en la defensa de su propia legalidad constitucional (...) esto explica la disposición que las instituciones comunitarias (no todas por igual ni en el mismo grado como después veremos) se mostraran inclinadas hacia una posible adhesión de la CEE a la CEDH” en PUENTE EGIDO, J.: “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada” *op cit.* p. 1129.

<sup>145</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *RJE*, 1985/3, p.705; Rafael Marín sostiene, a su vez, que esta declaración a tres bandas traería su causa en la intención de calmar a los tribunales constitucionales alemán e italiano: “Esta rebeldía intenta también ser calmada por medio de un compromiso interinstitucional manifestado en la célebre Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de



Conviene destacar ciertos aspectos de este esencial documento, que marcó un antes y un después en la trayectoria de la adhesión<sup>146</sup>. En primer lugar, hace referencia de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de protección de derechos fundamentales, pero de forma mucho más breve y superficial que en el Informe de 1976. Al igual que en aquel documento, también se refiere a las emblemáticas sentencias *Solange* y *Frontini*, de los Tribunales constitucionales alemán e italiano respectivamente<sup>147</sup>. Sin embargo, a diferencia del Informe de 1976, en el que se intentaba restar importancia a la contestación de los tribunales constitucionales de los Estados miembros afirmando que se trataba de un conflicto más teórico que real<sup>148</sup>, en el Memorándum de 1979 se demuestra mucha mayor consideración hacia estas sentencias. En efecto, la Comisión reconoce que, pese a que la declaración del Tribunal alemán ponía en jaque al principio de exclusividad del Tribunal de Justicia y de la uniformidad del Derecho Comunitario, demostraba también la preocupación de los más altos tribunales por la necesidad de vincular a las Comunidades a un catálogo escrito de derechos<sup>149</sup>.

El segundo aspecto del Memorándum que merece ser subrayado es que la Comisión no sólo apostaba por la adhesión sino que además abogaba por ella antes que por la elaboración de un catálogo propio de derechos fundamentales<sup>150</sup>. La Comisión no dudaba de las ventajas de éste, pero consideraba que la redacción del catálogo sería un proceso largo y laborioso, manifestando su miedo a que sacara a la luz las diferencias entre los Estados miembros, sobre todo, en materia de derechos económicos y sociales<sup>151</sup>. Y no deja de resultar paradójico – viendo cómo han evolucionado los acontecimientos posteriormente – el hecho de que considerara que la adhesión era una vía más fácil que la de dotarse de un catálogo de derechos fundamentales, y por ello afirmara que aquélla

---

la Comisión sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977 (...) en MARÍN AÍS, R. “La participación de la Unión Europea...” *op cit.* p. 28.

<sup>146</sup> Véase SPERDUTI, “Comment concevoir, dans sa spécificité l’adhésion des Communautés européennes de la Convention de Rome sur la sauvegarde des Droits de l’Homme et des libertés fondamentale”, en BERNHARDT, R, GECK, W. JAENICKE, STEINBERG, H. (eds.) *Volkerrecht Als Rechtsordnung: Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler* 903, 1983.

<sup>147</sup> Memorándum, párrafo 5.

<sup>148</sup> Informe de la Comisión de 1976, punto 10: “Recently, the supreme courts of the Member States have adopted various positions with regard to this *undoubtedly more theoretical than real conflict*” (Énfasis añadido).

<sup>149</sup> Memorándum, párrafo 5.

<sup>150</sup> Memorándum, introducción, p. 5: “The Commission believes that the best way of replying to the need to reinforce the protection of fundamental rights at Community level, at the present stage, consists in the Community formally adhering to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950”

<sup>151</sup> Memorándum, párrafo 5.

constituía un primer paso para conseguir éste<sup>152</sup>. En efecto, a diferencia del Informe de 1976, en este Memorándum no consideraba que ambas opciones fueran excluyentes una de la otra ni que la adhesión fuera óbice para que el Tribunal continuara desarrollando su jurisprudencia “ejemplar” en la protección de los derechos fundamentales<sup>153</sup>. Sin embargo, la Comisión afirmaba que, si bien el método seguido por el Tribunal de Justicia era digno de mención, no era suficiente para rectificar una de las carencias del ordenamiento jurídico comunitario; la falta de un catálogo escrito de derechos fundamentales<sup>154</sup>. En este sentido, la Comisión hacía una declaración vanguardista para la época reconociendo el interés legítimo del ciudadano europeo a que sus derechos frente a la Comunidad fueran establecidos previamente<sup>155</sup>. Por tanto, la Comisión, en claro contraste con lo que había afirmado en el Informe del 76, dejaba patente en el Memorándum, que los tres modelos - el pretoriano, el normativo y el la adhesión – lejos de ser excluyentes, son complementarios entre sí.

En tercer lugar, es relevante señalar que la Comisión era perfectamente consciente de que la adhesión entrañaba dificultades<sup>156</sup> y por esta razón, realizó un análisis en el Memorándum de sus ventajas e inconvenientes, inclinando la balanza hacia las primeras. Entre los aspectos positivos, la Comisión destacaba en primer lugar que la adhesión mejoraría la imagen de Europa como un área de libertad y de democracia<sup>157</sup>. Además, reforzaría la protección de los derechos fundamentales en las (entonces) Comunidades

---

<sup>152</sup> Conviene hacer referencia a este importantísimo párrafo: “The Commission in proposing this, does not disregard the fact that, in the longer term, the Community should endeavour to complete the Treaties by a catalogue of fundamental rights specially adapted to the exercise of its powers. It does not, however, appear possible to achieve this objective in the short term because of the differences of opinion which exist between the Member States on the definition of economic and social rights. In order to reinforce the legal protection of the citizens of the Community immediately and in the most efficient manner possible, one should rely, in the first place, on the fundamental rights inscribed in the ECHR. In other words, *the Community should adhere as soon as possible to this Convention and to the protection mechanisms which it contains. The elaboration of a catalogue for the Community itself would in no way be held up. Accession to the ECHR would constitute on the contrary a first step in the direction of that objective.*” (Énfasis añadido) Memorandum, introducción, p. 5.

<sup>153</sup> Memorandum, párrafo 8: “accession of the European Communities to the ECHR does not form an obstacle to the preparation of a special Community catalogue, nor does it prevent in any way the Court of Justice of the European Communities from further developing its exemplary case law on the protection of fundamental rights, which has always been welcomed by the Commission”

<sup>154</sup> Memorandum, párrafo 5.

<sup>155</sup> Memorandum, párrafo 5: “The European citizen has a legitimate interest in having his rights vis-a-vis the Community laid down in advance”

<sup>156</sup> Memorandum, párrafo 7: “The Commission is aware that the accession of the European Communities to the ECHR will give rise to not inconsiderable difficulties on account of the Communities' particular structure”

<sup>157</sup> Memorandum, párrafo 14.

Europeas<sup>158</sup>. En este sentido, permitiría impugnar los actos comunitarios directamente ante el Tribunal de Estrasburgo en vez de tener que recurrir las normas de implementación de los mismos por parte de los Estados miembros. Asimismo, las Comunidades estarían vinculadas de esta forma por un catálogo escrito de derechos que los ciudadanos conocerían con antelación. En tercer lugar, la Comisión consideraba que la adhesión subrayaría la propia personalidad institucional de las Comunidades Europeas, evitando así que los tribunales nacionales, alegando la falta de un catálogo vinculante de derechos, revisaran actos del Consejo o de la Comisión en base a sus Constituciones nacionales, atentando contra el principio de uniformidad del Derecho Comunitario<sup>159</sup>.

En cuanto a los aspectos negativos, la Comisión se refería a aquellas voces que criticaban que la idea de la adhesión no era más que una “coartada” por haber fracasado en abordar el problema real: la adopción de un catálogo especialmente adaptado a los requisitos de la Comunidad<sup>160</sup>. La propia Comisión se encarga de rebatir aquel argumento, afirmando rotundamente que la adhesión no impedía de ninguna manera dotarse de un catálogo<sup>161</sup>. Algunos autores, como Economides y Weiler, ya en el año 1979, eran escépticos con esta postura de la Comisión. Se preguntaban si el hecho de que esta institución abogara por la adhesión antes que por redactar un catálogo propio de derechos, podría constituir una estrategia para evitar estar vinculada a una lista de derechos económicos y sociales y utilizar la adhesión como un mecanismo para desviar la responsabilidad al Consejo de Europa, un foro con menos probabilidades de tener éxito en vincular a las instituciones a este tipo de derechos<sup>162</sup>.

El segundo argumento en contra de la adhesión, estrechamente vinculado con el anterior, se refería al contenido del CEDH, ya que éste consagra principalmente derechos “tradicionales” civiles y políticos, más que económicos y sociales que serían más

---

<sup>158</sup> Memorandum, párrafo 15.

<sup>159</sup> Memorandum, párrafo 16.

<sup>160</sup> Memorandum, párrafo 17: “It has been contended that the fundamental rights contained in the ECHR are not relevant for the Community and that, accordingly, the idea of accession can serve only as an alibi for failure to tackle the real problem: the preparation and adoption of a catalogue specially adapted to the requirements of the Community”

<sup>161</sup> Memorandum, párrafo 17: “the accession of the Community to the ECHR in no way precludes the eventual preparation of a specific Community catalogue going beyond what is required by the Convention”

<sup>162</sup> ECONOMIDES, K., WEILER, J.H.H, “Accession of the Communities to the European Convention..” *op. cit.* p. 689: “Could it be that Community authorities prefer not to be burdened by a Catalogue of economic and social rights and that accession is a device to shift responsibility to the Council of Europe, a forum even less likely to succeed in this task?”

relevantes para los objetivos de las Comunidades Europeas<sup>163</sup> – sobre todo, en aquella época en la que el fundamento económico de la integración estaba aún más acentuado -. Una tercera posible objeción a la adhesión era el hecho de que las Comunidades, con los mimbres jurídicos de entonces, no pudieran cumplir ciertas obligaciones impuestas por el CEDH, ya que éste estaba destinado a Estados y no a organizaciones internacionales<sup>164</sup>. El cuarto inconveniente, según la Comisión, estaría constituido por el riesgo de perjudicar el sistema jurisdiccional, al añadir otra fase judicial al ya de por sí dilatado proceso, lo cual incrementaría el retraso en obtener una decisión firme<sup>165</sup>.

Por último, tras realizar un análisis sobre cómo consideraba que debía ser la participación de la Comunidad en los órganos del CEDH, la Comisión dedicaba un apartado de su Memorándum a lo que denominó “*special problems*”. Estos no serían otros que: (i) el estatus que tendría el Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario (ii) los efectos de la adhesión en la situación del Convenio en los ordenamientos de los Estados miembros y (iii) la cuestión de cómo proceder en los casos en que los tribunales nacionales no han cumplido su obligación de referir cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia<sup>166</sup>. Aunque estos problemas son de indudable trascendencia jurídica, conviene destacar que en este Memorándum la Comisión no se preocupaba en profundidad por las grandes cuestiones que más ríos de tinta han provocado y que más suspicacias han despertado en cuanto a la adhesión, como la salvaguardia de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario y la exclusividad del Tribunal de Luxemburgo o la articulación de un mecanismo para repartir la responsabilidad entre la Unión Europea y los Estados miembros ante el Tribunal de Estrasburgo. Tiene su explicación: en el año 1979, el Tribunal de Justicia aún no había marcado tanto el territorio en cuanto a la autonomía y la exclusividad de su jurisdicción.

En suma, la importancia del Memorándum de la Comisión de 1979 radica en que, por primera vez, un documento oficial de la Comunidad proponía una medida en relación a la protección de los derechos fundamentales; la absoluta necesidad de la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>167</sup>. En efecto, la Comisión no

---

<sup>163</sup> Memorándum, párrafo 18.

<sup>164</sup> Memorándum, párrafo 19 y siguientes.

<sup>165</sup> Memorándum, párrafo 23.

<sup>166</sup> Memorándum, párrafo 39.

<sup>167</sup> MARGARITIS, K. “European Union accession to the European Convention on Human Rights: an institutional “marriage”, working paper n° 65, VU University of Amsterdam, Faculty of Law, 2011, p. 17 <http://www.du.edu/korbel/hrhw/workingpapers/2011/65-margaritis-2011.pdf> (4 de febrero de 2015).

trataba la adhesión sólo como una cuestión conveniente, sino como un paso necesario, y para ello argumentaba que si el respeto por los derechos humanos era una condición esencial para que un Estado fuera miembro de la Comunidad, entonces era más que lógico vincular a las Comunidades al respeto de esos mismos derechos<sup>168</sup>. Así, la Comisión demostraba una firme voluntad política, proponiendo una medida valiente que iba más allá de meras declaraciones<sup>169</sup>. Sin embargo, el Memorándum excluía detalles técnicos de la adhesión en relación a la personalidad jurídica o la competencia de la Comunidad, cuestiones que serían abordadas en los años noventa, en el Dictamen 2/94.

A pesar de que el Memorándum constituía un paso decisivo a favor de la adhesión, la Comisión no podía hacer nada sin la voluntad política de los Estados de emprender el camino hacia la integración de la Comunidad en el sistema del CEDH. Si bien es difícil acusar a un solo Estado miembro de que el Memorándum del 1979 no diera sus frutos, Giorgio Gaja señala como causante de tal fracaso a un documento de la Cámara de los Lores de Reino Unido<sup>170</sup>, que era tremendamente crítico con la adhesión<sup>171</sup>. No conocemos con certeza el impacto que este documento pudo tener en la voluntad de los Estados miembros, pero lo que sí sabemos es que en el año 1979 no había unanimidad para apoyar la propuesta de la Comisión y por esa razón, ésta no prosperó<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> Memorandum, párrafo 14: "If respect for human rights is for a State an essential condition of membership of the Community, then it is only logical to bind the Communities themselves to respect such rights."

<sup>169</sup> Aunque autores como Economides y Weiler dudan de la verdadera intención de la Comisión y de su compromiso con los derechos humanos: "A nagging doubt remains about the underlying motive of the Commission in proposing accession. If this doubt is to be dispelled the Commission will have to demonstrate by appropriate allocation of intellectual and material resources its true commitment to the protection of human rights in its fullest meaning, a major facet of which is the provision of effective and accessible remedies" en ECONOMIDES, K., WEILER, J.H.H, "Accession of the Communities to the European Convention..." *op. cit.* p. 695.

<sup>170</sup> House of Lords, Select Committee on the European Communities, Human Rights, 21 October 1980.

<sup>171</sup> GAJA, G. "Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms", *Common Market Law Review*, vol. 33/5, 1996, pp. 973-989, p. 974: "However, one could argue that the Commission's first attempt to promote accession was killed by a critical document produced by the Select Committee on the European Communities of the House of Lords".

<sup>172</sup> SCHERMERS, H. "The European Communities bound by Fundamental Human Rights", 27 *Common Market Law Review* 1990, p.249-258, p. 256: "For lack of unanimity amongst the Member States the proposal was not followed".

#### **1.1.4. Las resoluciones del Parlamento Europeo en referencia a la adhesión (1976-1989)**

No debemos olvidar el papel del Parlamento Europeo en esta época en torno a la protección de los derechos humanos y más concretamente en referencia a la adhesión de las Comunidades al CEDH. El 12 de octubre de 1976 esta institución adoptó una resolución<sup>173</sup> en la que manifestaba que la adhesión demostraría a la opinión pública de los Estados miembros la determinación de las instituciones de reforzar el papel de la Comunidad basada en el Estado de Derecho. Un año más tarde, el 16 de noviembre de 1977, el Parlamento adoptaba otra resolución expresando su deseo de que el CEDH y sus Protocolos se consideraran partes integrales de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas<sup>174</sup>. Este documento dio el ímpetu necesario para la actitud favorable del Parlamento Europeo a la incorporación de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico comunitario<sup>175</sup>. El 27 de abril de 1979, el Parlamento aprobaba otra resolución<sup>176</sup>, que versaba específicamente sobre la adhesión de las Comunidades al CEDH, sobre la base de un informe elaborado por Mario Scelba. Este documento marcó un paso importante hacia la adhesión, puesto que afirmaba expresamente que el Parlamento Europeo se mostraba a favor de la adhesión e invitaba a la Comisión y al Consejo a trabajar en estrecha colaboración para realizar los preparativos “inmediatos” para la misma. Además, el Parlamento se declaraba partidario de crear una comisión de expertos para elaborar un catálogo de derechos civiles.

Tres años después de la publicación del Memorándum de la Comisión de 1979, el Parlamento aprobó una resolución que contenía un importante dictamen en el que se pronunciaba sobre aquel documento<sup>177</sup>. En la misma línea que en las anteriores

---

<sup>173</sup> Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades C 259, de 4 de noviembre de 1976.

<sup>174</sup> Resolution on the granting of special rights to the citizens of the European Community, in compliance with the decision of the Paris Summit of December 1974 (point 11 of the final communiqué). See OJ C 299, 12.12.1977, p. 26.

<sup>175</sup> CONTE, A. “A Europe of Rights: History of the EU Charter” *op. cit.* p.13.

<sup>176</sup> Diario Oficial de las Comunidades C 127, 21.5.1979, p. 69.

<sup>177</sup> Resolution of 29 October 1982 embodying the opinion of the European Parliament on the memorandum from the Commission of European Communities on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Diario Oficial de las Comunidades C-304/253 (1982). Esta resolución se emitía sobre la base del informe del Sr. Guido Gonella, de la Comisión jurídica del Parlamento, que a su vez se pronunciaba sobre el Memorándum a petición de la propia Comisión Europea, que se lo había solicitado el 4 de mayo de 1979 (Doc. 1-160/79 — COM(79) 210 final).

resoluciones, el Parlamento se manifestaba abiertamente a favor de la adhesión. El valor añadido de este documento de 1982 era que, por primera vez, lo hacía apoyando a la Comisión Europea en este asunto. El dictamen consta de diez puntos<sup>178</sup>, de los que cabe destacar que: (i) muestra su convicción de que la adhesión reforzará la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad (ii) considera que el artículo 235 del Tratado es la base jurídica adecuada para llevarla a cabo – en la misma línea que declaraba la Comisión en su Memorándum de 1979 (iii) afirma ser consciente de las dificultades constitucionales, políticas, legales y técnicas que conlleva el proceso pero manifiesta su confianza en que la Comisión superará estos obstáculos y (iv) requiere a la Comisión que remita cuanto antes posible una propuesta formal al Consejo para la adhesión, después de consultar debidamente al Tribunal de Justicia – que como veremos, el Consejo hará efectivamente dicha consulta en 1994 – .

El 14 de febrero de 1984 el Parlamento Europeo aprobó en Estrasburgo un proyecto de tratado para constituir la Unión Europea<sup>179</sup>, conocido informalmente como “proyecto

---

<sup>178</sup> The European Parliament:

(...)

“1. Reaffirms its determination to strengthen and increase the protection of the rights of the individual in the formulation and development of Community law;  
 2. Stresses that the accession of the Community to the European Convention on Human Rights will demonstrate to the outside world and to public opinion in the Community Member States the determination of the Community institutions increasingly to reinforce the role of the Community as a Community founded on the rule of law;  
 3. Expresses the conviction that accession will consolidate the principles of parliamentary democracy and will strengthen the protection of fundamental rights in the Community;  
 4. Considers it essential, in connection with the accession of the Community to the European Convention on Human Rights, that all Member States should allow individual actions to be brought before the Commission of Human Rights;  
 5. Considers Article 235 of the EEC Treaty to be the appropriate legal basis for accession;  
 6. Realizes that accession will involve considerable constitutional, political, legal and technical difficulties, but expresses its confidence that the Commission will strive to overcome these difficulties in practice;  
 7. Requests the Commission to submit at the earliest opportunity to the Council a formal proposal on the accession of the Community to the European Convention on Human Rights, after duly consulting the Court of Justice of the Community and in the light of developments in the situation, and to give a formal undertaking to consult the European Parliament again before opening negotiations on accession;  
 8. Requests the bodies of the Council of Europe, on the occasion of the accession of the European Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, to include specifically in the area covered by protection under the Convention the legally enforceable rights which are listed in parts I and II of the social charter;  
 9. Further requests the Commission to ask to take part in the current discussions within the Council of Europe on the incorporation into the Convention of other fundamental social economic and cultural rights;  
 10. Instructs its President to forward this resolution to the Council and Commission of the European Communities, the Council of Europe and, for information, to the Court of Justice of the Community and the Parliaments of the Member States.

<sup>179</sup> El Proyecto fue inicialmente publicado en la sección documental del Boletín EUROPE, números 1.287/88 y 1.289/90, de 3-1-1984. El texto finalmente votado, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 77. de 19111-1984.

Spinelli” y ya referido anteriormente en este trabajo. A pesar de que no pasó de ser un esbozo de anteproyecto<sup>180</sup>, tiene una indudable importancia en el ámbito de los derechos fundamentales a cuya protección se consagra el artículo 4 del malogrado proyecto<sup>181</sup>. Interesa destacar varios aspectos de esta relevante disposición. En primer lugar, plantea más firmemente que las anteriores resoluciones la cuestión de querer obligar a la “Unión” a decidirse sobre la adhesión al CEDH<sup>182</sup>, en un plazo de cinco años, mientras se elaboraba un catálogo propio<sup>183</sup>. No sólo se refiere a este Convenio, sino también a otros instrumentos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, como la Carta Social Europea, tal y como veíamos anteriormente. Asimismo, consolida la fórmula empleada por el Tribunal de Justicia, afirmando que “la Unión protegerá la dignidad del Individuo y reconocerá a cualquier persona que depende de su jurisdicción los derechos y libertades fundamentales tal como se derivan en particular de los principios comunes de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”<sup>184</sup>. Si bien la anterior afirmación se entiende realizada respecto de los derechos civiles y políticos, no se olvida de los derechos económicos y sociales, los cuales se compromete a mantener y desarrollar<sup>185</sup>. Por último, prevé la imposición de sanciones en que caso de que un Estado miembro violara grave y persistentemente los principios democráticos o los derechos fundamentales<sup>186</sup>.

---

<sup>180</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo...” *op. cit.*, p.713.

<sup>181</sup> Según Rafael Marín: “Hasta la fecha no ha existido ninguna propuesta concreta tan avanzada ni tan decidida de reformar el Derecho originario para favorecer la adhesión de la Unión Europea a múltiples tratados internacionales de derechos humanos que encarnase como el *Proyecto Spinelli* las ideas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos” en MARÍN AÍ, “La participación de la Unión Europea...” *op. cit.* p. 28.

<sup>182</sup> CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950” en PELÁEZ MARÓN, J .M. *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992, p.96.

<sup>183</sup> Artículo 4 Derechos Fundamentales:

“En un plazo de cinco años, la Unión deliberará sobre su adhesión a los Instrumentos Internacionales mencionados, así como a los pactos de las Naciones Unidas relativos a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales. En el mismo plazo, la Unión adoptará su propia declaración de los derechos fundamentales según el procedimiento de revisión previsto por el artículo 84 del presente tratado”

<sup>184</sup> Artículo 4.1 del proyecto Spinelli.

<sup>185</sup> Artículo 4.2 del proyecto Spinelli.

<sup>186</sup> Artículo 4.4 del proyecto Spinelli.



En abril de 1989, el Parlamento Europeo adoptó otro documento de gran relevancia: la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales<sup>187</sup>, como primera medida no vinculante para establecer un catálogo comunitario de derechos humanos<sup>188</sup>. Este escrito recogía derechos y libertades que, como podemos leer en su Preámbulo, emanaban “al mismo tiempo de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de los instrumentos internacionales en vigor y que son desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”<sup>189</sup>. La lista de derechos, aun no siendo jurídicamente vinculante, era más progresista que la del propio CEDH, al superar la dualidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales y económicos y al incluir la tercera generación de derechos humanos, los denominados “derechos de solidaridad” (medio ambiente y protección de los consumidores)<sup>190</sup>. Sin embargo, esta Declaración no llegó a tener valor vinculante.

Podemos extraer como conclusión que las iniciativas del Parlamento Europeo en relación con la defensa de los derechos fundamentales y más concretamente, en referencia a la adhesión, pusieron de manifiesto la postura favorable de esta institución hacia un mayor compromiso de la Comunidad en la protección de sus ciudadanos. Sin embargo, estas propuestas, más allá de su valor simbólico, cayeron en saco roto hasta que la Comisión volvió a pronunciarse sobre este asunto en 1990, como veremos en el epígrafe 3 de este capítulo.

---

<sup>187</sup> Resolución por la que se aprueba la Declaración de los derechos y libertades fundamentales de 12 de abril de 1989, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 120 de 16.5.1989, p. 51.

<sup>188</sup> PERRAKIS, S.E. “Contribution au débat sur la protection communautaire des droits de l’homme: la Déclaration des droits et libertés fondamentaux du Parlement européen”, en *Revue du Marché Commun*, nº338, 1990, p.473: “première mesure non contraignante pour établir un catalogue communautaire des droits de l’homme”

<sup>189</sup> Segundo párrafo del Preámbulo de la Declaración: “(...) and recalling that these rights derive from the Treaties establishing the European Communities, the constitutional traditions common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the institutional instruments in force and have been developed in the case law of the Court of Justice of the European Communities”

<sup>190</sup> CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950” *op. cit.* pp. 89-90.

## 1.2. El debate sobre la aplicación de la teoría de la sucesión a la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Desde hace décadas es objeto de discusión la conveniencia o no de que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero hay voces que han llegado a sugerir que aquélla ya se encontraría obligada por las disposiciones de este tratado internacional sin necesidad de un proceso de adhesión formal, en virtud de la doctrina de sucesión “funcional”<sup>191</sup>. Así, en la década de los setenta y de los ochenta, algunos autores consideraban que el CEDH ya vinculaba, en un plano formal, a las entonces Comunidades Europeas<sup>192</sup>. Entre los más célebres defensores de esta tesis se encuentra el juez Pescatore, que proponía que la Comunidad Europea podía suceder a sus Estados miembros en cuanto Partes del Convenio<sup>193</sup>. Otros autores como Cohen-Jonathan, Marcoux o Leuprecht también apoyarían esta tesis<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> Conviene señalar que la terminología utilizada para hacer referencia a este fenómeno es variada. En ocasiones, se han empleado otras denominaciones como “tesis de la sumisión o vinculación”, véase FERNANDEZ LIESA, C.R., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea” *op. cit.* p. 660. También se le ha denominado “teoría de sucesión en la función”, véanse los párrafos 60 a 65 de las Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-366/10 *Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*, presentadas el 6 de octubre de 2011. La Comisión lo llama “principio de sustitución” en su Memorándum de 1979, véase el párrafo 10. Díez-Hochtleiner considera que es mejor hablar de “subrogación” DIEZ-HOCHTLEINER, J.: *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*, Madrid, 1998, p.179.

<sup>192</sup> CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950” *op. cit.* p.82

<sup>193</sup> PESCATORE, P. “La Cour de Justice des Communautés Européennes et la Convention Européenne des Droits de l’Homme” en MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (eds.) *Protecting Human Rights: the European dimension. Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*. Cologne, Carl Heymanns, 1988, p. 441-455, *op. cit.* p.450. Posteriormente, siguiendo prácticamente los mismos argumentos, P.PESCATORE “La coopération entre la Cour Communautaire, les juridictions nationales et la Cour Européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux – enquête sur un problème virtual” 466 *Revue du marché Commun et de l’Union Européenne*, 2003, p.151.

<sup>194</sup> COHEN-JONATHAN, G.: “Droit de l’homme et pluralité des systemes Européens de protection Internationale”, *Revue de droits de l’homme*, 1972. pp. 615-672, p.627; LEUPRECHT, P. *La Coopératlon européenne dans le domaine des droits de l’homme*, Colloque de Nancy de la S. F. P. Dr. I. L’Europe dans les relatons internationales, Ed. Pedone. París, 1982, pp. 162-215, p. 170; MARCOUX, L.: “Le concept de Droits Fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4. 1983, p. 715-716. Schermers va un paso más allá y considera que una norma de la Comunidad contraria al Convenio sería nula, SCHERMERS, H.G. ‘The European Communities Bound...’ *op. cit.* pp. 251-252: “An important treaty in this respect is the European Convention on Human Rights. This Convention preceded the ECC Treaty. When six states established the Community in 1957 they were bound versus third states to guarantee the rights enumerated in the Convention throughout their territories. All government power was restricted in the sense that it could not go beyond the lines drawn in the Convention...In transferring power to a newly established Community, the Member States could not grant the Community any possibility to infringe the rights guaranteed by the Convention. *Any rules made by the Community contrary to the Convention are therefore void*” (énfasis añadido).

### 1.2.1. El marco jurídico de la teoría de la sucesión funcional

No encontramos en el Derecho Internacional Público normas de carácter general que establezcan claramente cómo las organizaciones internacionales pueden suceder las obligaciones jurídicas de sus miembros<sup>195</sup>. La parte del Derecho Internacional relativa a la sucesión de obligaciones jurídicas se ha desarrollado de una forma eminentemente estatocéntrica y se centra fundamentalmente en la sucesión de un Estado por otro Estado<sup>196</sup>. Por ello, la aplicación del concepto de “sucesión” al caso de una organización internacional que “sucede” a los Estados miembros en sus obligaciones internacionales no es una cuestión pacífica<sup>197</sup>. En lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, la redacción del artículo 351 del TFUE<sup>198</sup> – a diferencia del artículo 106 del Tratado del

---

<sup>195</sup> WEIS, J.F. ‘Succession of States in Respect of Treaties Concluded by the European Communities’, *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, 42, 1994, p. 668: “There are no general legal rules on...succession between international organizations.”; WOUTERS, J., ODERMATT, J. and RAMOPOULOS, T. “Worlds apart? Comparing the approaches of the European Court of Justice and the EU Legislature to International Law”, Working Paper No. 96 - August 2012, Leuven Centre for Global Governance Studies, p.13: “international law has surprisingly little to say on the topic of how international organisation may succeed to obligations of its members”; Como afirma Schütze: “The law of succession represents one of the unruliest parts of international Law”, SCHÜTZE, R. *Foreign Affairs and the EU Constitution*, Cambridge University Press, 2014, p.91; Torrecuadrada también alude a la dificultad que supone teorizar sobre la sucesión en materia de organizaciones internacionales, debido a que la mayoría de los casos existentes han tenido lugar entre Estados y no entre aquéllas: “Un dato añadido a los anteriores y que nos confirma la dificultad de establecer una teoría general sobre la sucesión entre OO.II., es la escasez de práctica en la materia si la comparamos con el volumen que ha adquirido la estatal” TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “La sucesión entre organizaciones internacionales y la Unión Europea” *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 21, 2005, p. 235.

<sup>196</sup> En este contexto, encontramos dos importantes tratados internacionales: el Convenio de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de Tratados, que fue adoptado el 23 de agosto de 1978 y entró en vigor el 6 de noviembre de 1996 y el Convenio de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado fue aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado el 7 de abril de 1983. El artículo 21 Convenio de 1978 define la sucesión como “la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio”. Kelsen aporta la siguiente definición de la sucesión de Estados: “el fenómeno de pérdida de un territorio por un Estado y adquisición de un territorio por otro Estado”, en DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho internacional público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, p. 345.

<sup>197</sup> Conviene aclarar que en este apartado nos centramos en la sucesión que realizan las organizaciones internacionales respecto de las obligaciones jurídicas de sus miembros. Cuestión distinta es la sucesión de una organización internacional a otra, que no es objeto de nuestro análisis.

<sup>198</sup> Artículo 351 del TFUE:

“Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

Euratom<sup>199</sup> – no prevé la sucesión por parte de la Unión de acuerdos internacionales (previos) de sus Estados miembros<sup>200</sup>. El Tribunal de Justicia se encargó de aclarar esta cuestión en el asunto *Burgoa*<sup>201</sup>, rechazando expresamente el argumento de que el artículo 351 del TFUE (el entonces artículo 234 TCE) pudiera ser la fuente directa de un deber constitucional de la Comunidad de asumir estas obligaciones. Al no servir esta disposición como base jurídica para una vinculación de la Unión a las obligaciones internacionales de sus Estados miembros, se buscó un fundamento diferente, que no fue otro que el de la idea de “sucesión de Estados”<sup>202</sup>, aplicando el concepto por analogía<sup>203</sup>. Como precisa Pescatore, se trataría de una sucesión que no es ni territorial ni general sino que es una sucesión de tipo funcional y limitado<sup>204</sup>. En efecto, en el caso de la sucesión en la Unión Europea, no se basaría en una transferencia de territorio sino de funciones<sup>205</sup>, ya que no ha sucedido a sus Estados miembros como entidades territoriales, sino que se le ha adjudicado el ejercicio de parte de sus competencias<sup>206</sup>. Según Pescatore, la Unión, al asumir en virtud de los Tratados ciertos poderes ejercidos previamente por los Estados

---

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros.”

<sup>199</sup> Artículo 160 del Tratado Euratom: “Member States which, before the entry into force of this Treaty, have concluded agreements with third States providing for cooperation in the field of nuclear energy shall be required to undertake jointly with the Commission the necessary negotiations with these third States in order to ensure that the rights and obligations arising out of such agreements shall as far as possible be assumed by the (Union). Any new agreement ensuing from such negotiations shall require the consent of the Member State or States signatory to the agreements referred to above and the approval of the Council, which shall act by qualified majority”

<sup>200</sup> Sobre el artículo 351 TFUE véase STOFFEL VALLOTON, N. “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, Madrid, septiembre-diciembre (2005), pp. 843-890; SCHÜTZE, R. “Foreign Affairs...” *op. cit.* p.104 y ss.

<sup>201</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1980, *Burgoa*, C-812/79 ECLI:EU:C:1980:231, apartado 9: “esta obligación de las Instituciones comunitarias tiene únicamente por objeto permitir que el Estado miembro interesado cumpla las obligaciones que le incumben en virtud del convenio anterior *sin que por ello quede vinculada la Comunidad frente al Estado tercero interesado*.” (énfasis añadido)

<sup>202</sup> SCHÜTZE, R. “The Succession Doctrine’ and the European Union” in HULL, A. BARNARD, C., DOUGAN, M. and SPAVENTA, E. (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, 2011, Oxford, Hart Publishing, pp. 454-484, p. 476.

<sup>203</sup> SCHÜTZE, R. “The Succession Doctrine’ and the European Union” *op. cit.* p. 476.

<sup>204</sup> PESCATORE, P. “La Cour de Justice des Communautés Européennes...” *op. cit.* p. 441.

<sup>205</sup> SCHÜTZE, R. “The Succession Doctrine’ and the European Union...” *op. cit.* p. 476.

<sup>206</sup> UERPMANN, R. “International Law...” *op. cit.* p. 31: “The EC is not a state. It has not ousted its Member States as territorial sovereignties, rather merely taken over certain of their functions. This substitution of Member States by the EC may be described as a functional succession. It could be considered whether such a functional succession also allows for the obligations of international law to be transferred.”

miembros, podría igualmente arrogarse las obligaciones internacionales que rigen el ejercicio de esas competencias<sup>207</sup>.

La teoría de la sucesión funcional fue aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por primera vez en el año 1972, en la importantísima sentencia *International Fruit Company*<sup>208</sup>. En este asunto, el Tribunal aplicó el principio de sucesión al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (“GATT”)<sup>209</sup>, pues consideró que las “disposiciones de dicho Acuerdo son vinculantes para la Comunidad, en toda la medida en que, en virtud del Tratado CEE, la Comunidad ha asumido competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Acuerdo General”<sup>210</sup>. Es importante señalar que todos los Estados Miembros de la Comunidad Europea eran partes Contratantes del GATT cuando tuvieron lugar los hechos que suscitaron el litigio en *International Fruit Company* en el año 1972.

Desde el 1 de enero de 1995, la Unión Europea es miembro de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”)<sup>211</sup> y, por tanto, la teoría de la sucesión no ha tenido que jugar ningún papel en este ámbito desde esa fecha<sup>212</sup>. No obstante, cobra especial interés como precedente judicial y como referente para su posible aplicación a otros casos. Tras el asunto *International Fruit Company*, se ha planteado la aplicación de esta teoría a otros

---

<sup>207</sup> PESCATORE, P. *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Presse Universitaire de Liège, Liège, 1975, p. 147-148: “un effet de substitution ou de succession au sens de droit international: en assumant, en vertu des Traités, certaines compétences et certains pouvoirs précédemment exercés para les États membres, la Communauté a dû reprendre, également, les obligations internationales qui réglaient l'exercice de ces compétences et pouvoir”

<sup>208</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company*, C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, ECLI:EU:C:1972:115; fue posteriormente confirmada la aplicación de la teoría de la sucesión al Convenio de 15 de diciembre de 1950 sobre la nomenclatura para la clasificación de las mercancías en el arancel aduanero en la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 1975, *Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen contra Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, asunto 38/75, ECLI:EU:C:1975:154.

*Douaneagent der NV Nederlandse Spoorwegen contra Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*.

<sup>209</sup> *General Agreement on Tariffs and Trade* (“GATT”) es un acuerdo firmado en la Conferencia de Ginebra en 1947 sobre comercio multilateral, que establece reglas de conducta en las relaciones comerciales internacionales y crea un foro para llevar a cabo negociaciones multilaterales con el fin de solucionar conflictos comerciales y eliminar gradualmente los aranceles y otras barreras al comercio. Entró en vigor el 1 de enero de 1948. El GATT constituye actualmente el principal compendio de normas de la Organización Mundial del Comercio en lo referente al comercio de mercancías. Para un análisis exhaustivo véase MANERO SALVADOR, A. *OMC y Desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el derecho del comercio internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

<sup>210</sup> Sentencia *International Fruit Company*, párrafo 18.

<sup>211</sup> Véase la página oficial de la Organización Mundial del Comercio: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/countries\\_e/european\\_communities\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_communities_e.htm) (último acceso: 3 de enero de 2017)

<sup>212</sup> UERPMANN “International Law...” *op. cit.* p. 32; En la misma línea SCHÜTZE, R. “The Succession Doctrine...” *op. cit.* p. 477-478: “The succession doctrine seemed to have become a dead letter, when the Union became a formal member of the World Trade Organization.”

tratados internacionales en los que todos los Estados miembros eran partes contratantes pero no lo era la Comunidad. Este fue el caso del Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, el denominado “Convenio Marpol”, en el asunto *Peralta*<sup>213</sup>. El Tribunal decidió que, dado que la Comunidad no era parte de dicho tratado ni había asumido las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de dicho Convenio, sus disposiciones no eran vinculantes para ella<sup>214</sup>. El mismo tratado fue objeto de estudio en el caso *Intertanko*<sup>215</sup>, en el que el Tribunal declaró: “a falta de una *transferencia plena* de las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros a la Comunidad, ésta no puede, por el único motivo de que todos esos Estados sean partes contratantes del Convenio Marpol 73/78, estar vinculada por la reglas de ese Convenio, que la Comunidad misma no ha aprobado”. Idéntico resultado se obtuvo en el caso *Bogiatzi*<sup>216</sup>, en el que se planteó si el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (“el Convenio de Varsovia”) formaba parte de las normas del ordenamiento jurídico comunitario sin que la Comunidad hubiese ratificado dicho tratado. El Tribunal sentenció que tal Convenio no vinculaba a la Comunidad por no haberse producido una transferencia “plena” de las competencias<sup>217</sup>.

También se discutió sobre la aplicación de la doctrina de la sucesión al Convenio de Aviación Civil Internacional (el “Convenio de Chicago”)<sup>218</sup> - un tratado internacional del que todos los Estados miembros eran Parte pero no la Unión Europea, al igual que en los anteriores asuntos - en el caso *Air Transport Association of America and Others v.*

---

<sup>213</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1994, *Peralta*, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296

<sup>214</sup> Sentencia *Peralta*, apartado 16: “En la medida en que se pide al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la compatibilidad de la normativa italiana con el Convenio Marpol, basta con señalar que la Comunidad no es parte de este último. La Comunidad tampoco ha asumido, en virtud del Tratado CEE, las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de dicho Convenio, ni, por consiguiente, las disposiciones de éste tienen efecto vinculante para la Comunidad”

<sup>215</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2008, *Intertanko*, C-308/06, ECLI:EU:C:2008:312

<sup>216</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*, C-301/08 ECLI:EU:C:2009:649

<sup>217</sup> Sentencia *Bogiatzi*, apartado 33: “a falta de una *transferencia plena* de las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros a la Comunidad, ésta no puede, por el mero hecho de que, en el momento de los hechos, todos esos Estados fueran partes contratantes del Convenio de Varsovia, estar vinculada por la reglas de ese Convenio, que la propia Comunidad no ha aprobado”

<sup>218</sup> Convenio de Aviación Civil internacional (“Convenio de Chicago”) (adoptado el 7 de diciembre de 1944, entró en vigor el 4 de abril de 1947) 15 UNTS 295. Mediante este Convenio se constituyó la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), que desde 1947 goza del estatus de órgano especializado de las Naciones Unidas. Los Estados miembros pertenecen a dicha organización, mientras que la propia Unión Europea sólo tiene el estatus de observador en el seno de la OACI, que puede elaborar normas jurídicamente vinculantes y emitir recomendaciones de política legislativa desprovistas de fuerza vinculante.

*Secretary of State for Energy and Climate Change* (en adelante “*ATTA*”)<sup>219</sup>. El Tribunal examinó, de forma más detenida que en los casos precedentes, si la Unión estaba vinculada por el Convenio de Chicago, ya que tiene competencia en materia de transporte aéreo en virtud del artículo 100.2 del TFUE y ha legislado ampliamente en los ámbitos cubiertos por el tratado. En este contexto, el Tribunal estableció: “para poder vincular a la Unión, es preciso también que ésta haya asumido y que de esta forma le hayan sido *plenamente transferidas*, las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros relacionadas con el convenio del que se trate (...)”<sup>220</sup>. Por consiguiente, el Tribunal exige que los Estados miembros hayan transferido plenamente las competencias y que la Unión disponga de la competencia exclusiva en la materia. Éste no sería el caso del Convenio de Chicago, según el Tribunal<sup>221</sup>. Concluyó que la Unión no estaba vinculada por este tratado “dado que las competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación del Convenio de Chicago no están en la actualidad *plenamente* asumidas por la Unión”<sup>222</sup>.

De estos casos podemos inferir que los requisitos para la aplicación de la doctrina de la sucesión funcional son muy estrictos. No obstante, además del paradigmático caso *International Fruit Company*, hay otro asunto en el que el Tribunal – concretamente, el entonces Tribunal de Primera Instancia – aplicó la teoría de la sucesión nada menos que a la Carta de Naciones Unidas. Se trata de la importantísima sentencia *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión*<sup>223</sup>, en cuyo apartado 200 el Tribunal afirmaba: “Al conferir dichas competencias a la Comunidad, los Estados miembros demostraron pues su intención de que ésta quedara vinculada por las obligaciones contraídas por ellos en virtud de la Carta de las Naciones Unidas (véase, por analogía, la sentencia *International Fruit*,

---

<sup>219</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864. Para un análisis de esta sentencia y de *Intertanko*, véase VAN ROSSEM, J.W. in Wessel, R.A., Blockmans, S. (eds.), *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations*, Asser Press, The Hague 2013 pp. 13 – 46.

<sup>220</sup> Sentencia *Air Transport Association of America*, párrafo 63.

<sup>221</sup> Sentencia *Air Transport Association of America*, párrafo 69: “aunque (...) es cierto que la Unión ha asumido ciertas competencias exclusivas para contraer con terceros Estados obligaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión en materia de transporte aéreo internacional y, en consecuencia, en el ámbito de aplicación del Convenio de Chicago (...) ello no significa que disponga de una competencia exclusiva en todo el ámbito de la aviación civil internacional que abarca dicho Convenio”. En el caso de este tratado internacional, los Estados miembros han conservado competencias incluidas en el ámbito material de aquél, como las relativas a la asignación de los derechos de tráfico, a la fijación de derechos aeroportuarios o incluso a la determinación de las zonas de vuelo prohibidas sobre su territorio, como explica el Tribunal en el párrafo 70 de la sentencia *ATTA*.

<sup>222</sup> Sentencia *Air Transport Association of America*, apartado 71.

<sup>223</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 2005, *Kadi/Consejo y Comisión*, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332.

apartado 15)”<sup>224</sup>. Si bien el Tribunal no ahonda en la teoría de la sucesión como hizo en *International Fruit Company* ni arroja luz sobre los requisitos necesarios para que aquélla pueda aplicarse, lo cierto es que cuando la sentencia del TFI llegó en casación al Tribunal de Justicia<sup>225</sup>, éste no puso objeción alguna – ni tampoco clarificó – al hecho de que la Unión estuviera vinculada a la Carta de Naciones Unidas mediante la teoría de la sucesión<sup>226</sup>. Además, conviene señalar que la aplicación de esta teoría a la Carta no ha estado exenta de debate en la doctrina<sup>227</sup>.

### **1.2.2. El análisis de la aplicación de la teoría de sucesión funcional al Convenio Europeo de Derechos Humanos**

Como afirmábamos anteriormente, varios autores – principalmente el juez Pescatore – han sostenido que las Comunidades Europeas se encontraban ya vinculadas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud de la teoría de la sucesión, y sin necesidad, por tanto, de un procedimiento de adhesión formal<sup>228</sup>. Esta defensa de la aplicación de esta teoría al CEDH también habría tenido cabida fuera del ámbito académico, aunque de forma algo contradictoria. En efecto, la Comisión Europea, tanto en su Informe de 1976<sup>229</sup>

---

<sup>224</sup> Véase también el apartado 203 de la misma sentencia: “Es evidente por tanto que, en la medida en que la Comunidad haya asumido, con arreglo al Tratado CE, competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de dicha Carta son vinculantes para la Comunidad [véase por analogía, en lo relativo a la cuestión de si el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 vincula a la Comunidad, la sentencia *International Fruit*, apartado 18].”

<sup>225</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

<sup>226</sup> WOUTERS, J., ODERMATT, J. and RAMOPOULOS, T. “Worlds apart?...” *op. cit.* p.14. En efecto, el Tribunal tan sólo se hace eco de la aplicación de la teoría de la sucesión por parte del TFI en el apartado 79 de la sentencia: “Remitiéndose, por analogía, al apartado 18 de la sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company* y otros (21/72 a 24/72, Rec. p. 1219), el Tribunal de Primera Instancia juzgó a este respecto que, en la medida en que la Comunidad haya asumido, con arreglo al Tratado CE, competencias anteriormente ejercidas por los Estados miembros en el ámbito de aplicación de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de dicha Carta son vinculantes para la Comunidad (sentencias recurridas *Kadi*, apartado 203, y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 253).”

<sup>227</sup> Para una visión crítica de la aplicación de la teoría de la sucesión a la Carta de las Naciones Unidas y la Unión Europea, véase NETTESHEIM, M. ‘UN Sanctions against Individuals: A Challenge to the Architecture of European Union Governance’ *Common Market Law Rev* 44, 2007, 567, p. 585; Por el contrario, para una visión favorable a la aplicación de dicha teoría, véase EECKHOUT, P. *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*, Oxford University Press, 2004, p.438 y 439.

<sup>228</sup> Como afirmaba el juez Pescatore: “On n'adhère pas à ce qui est déjà en vigueur”. PESCATORE, P. “La Cour de Justice des Communautés Européennes...” *op. cit.* p.441.

<sup>229</sup> Informe de la Comisión de 1976, citado en nota de pie de página 15, párrafo 28: “The Human Rights Convention sets out, as far as the 'classic' fundamental rights are concerned, that is, certain of the fundamental rights to be protected in the Community, a catalogue of principles of law recognized as binding in all the Member States. It therefore also *has binding effect on the activities of the Community institutions*.”



como en el Memorándum de 1979<sup>230</sup>, se alineaba con esta postura. Además, esta institución afirmaba explícitamente que la Comunidad estaba vinculada por el Convenio en varias observaciones presentadas en distintos casos ante el Tribunal de Luxemburgo<sup>231</sup>. Sin embargo, el argumento de la sucesión debía de parecerle poco sólido incluso a la propia Comisión cuando esta misma institución concluía el Memorándum de 1979 – no así el Informe de 1976 – recomendando la adhesión de la Comunidad al Convenio<sup>232</sup>. Si hubiese estado tan convencida de que la Comunidad ya estaba vinculada formalmente por las disposiciones del CEDH, no habría afirmado rotundamente la necesidad de la adhesión en un documento oficial. Por tanto, podemos señalar que la posición de la Comisión Europea no estaba muy clara en este sentido.

#### **1.2.2.1. Los requisitos establecidos por el TJUE en el caso *International Fruit Company***

Para analizar si la doctrina de la sucesión funcional puede ser o no aplicada al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Unión Europea, debemos basarnos en la práctica jurisdiccional del Tribunal, dado que, como hemos visto, no hay ninguna disposición de los Tratados que haga referencia a la posibilidad de que la Unión suceda a sus Estados miembros en sus obligaciones jurídicas internacionales. El caso guía es el emblemático *International Fruit Company*, puesto que, como se ha explicado anteriormente, se trata del asunto en el que el Tribunal ha aceptado la aplicación de esta teoría<sup>233</sup>. Por esta razón,

---

The Commission does not consider it necessary for the Community as such to become a party to the Convention. *The fundamental rights laid down as norms in the Convention are recognized as generally binding in the context of Community law without further constitutive act.*” (énfasis añadido)

<sup>230</sup> Memorándum de la Comisión de 1979, citado en nota de pie de página 42, párrafo 10: “Since 1974, all the Member States of the Community have been contracting parties to the ECHR, which has led the Court of Justice of the European Communities to derive guidelines for the constitutional traditions common to the Member States from the fundamental rights embodied in the ECHR; in other words to use the ECHR indirectly as an indicator of the standard existing at Community level in the field of fundamental rights. Although the Court has hitherto avoided speaking of the Community being directly bound by the catalogue in the ECHR, there are good reasons for considering this already to be the case. On the one hand the ECHR represents a minimum standard of the 'general principles of law' protected by the Court of Justice. On the other, *it is arguable that the Community, in so far as powers have been assigned to it by the Member States, is already bound, on the basis of the principle of substitution, by the substantive provisions of the Convention on Human Rights by reason of the original obligation of the Member States.*” (énfasis añadido)

<sup>231</sup> Véase la sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, C-48/75, ECLI:EU:C:1976:57 y la sentencia de 7 de julio de 1976, Watson & Belmann, C-118/75, ECLI:EU:C:1976:106.

<sup>232</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo *op. cit.* p. 708.

<sup>233</sup> KOKOTT J. and SOBOTTA, C. “The Kadi Case, Constitutional Core Values and International Law, Finding the Balance?”, *European Journal of International Law* Vol. 23 nº 4, 2012, p. 1017: “The GATT has been the only instance where the Court has accepted a legal succession”.

es preciso ir analizando las condiciones que concurrían en aquel asunto para que Luxemburgo concluyera que la Comunidad se encontraba vinculada por el GATT, con el fin de determinar si podría aplicarse de igual forma al CEDH.

En primer lugar, debe recordarse que todos los Estados miembros de la Comunidad Europea eran Partes contratantes del GATT con anterioridad a la conclusión de los Tratados comunitarios. En cambio, no todos los miembros de la Comunidad eran Partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando los Tratados comunitarios se celebraron<sup>234</sup>, dado que Francia no ratificó el Convenio hasta el 3 de mayo de 1974<sup>235</sup>. El Tribunal ya rechazó la aplicación de la sucesión funcional a un tratado internacional basándose en el mero hecho de que no todos los Estados miembros formaban parte del mismo en el asunto *Mesquer*<sup>236</sup>, cuya sentencia fue dictada unos días después de *Intertanko* y con un objeto muy similar<sup>237</sup>. Esta explicación fue suficiente para rechazar que la Comunidad se encontrara vinculada por aquellos convenios, sin necesidad de entrar en ulteriores consideraciones. Por ello, el hecho de que no todos los Estados miembros fueran Partes del Convenio de Roma con anterioridad a ratificar el Tratado de la Comunidad sería una razón para argumentar que la Unión Europea no se encontraría vinculada formalmente por el CEDH hasta que se produzca la adhesión por los cauces establecidos.

En segundo lugar, la piedra angular de la argumentación del Tribunal en *International Fruit Company* y de la jurisprudencia posterior relativa a la teoría de la sucesión funcional es la “transferencia plena de competencias”. En aquel caso, era evidente que la

---

<sup>234</sup> JACQUÉ “La Cour de justice, la Cour européenne des droits fondamentaux, Quelques observations” en DONY, M. y BRIBOSIA, E. (eds.) *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles 2001, p. 262

<sup>235</sup> Véase PELLET, A. “La ratification par la France de la Convention Européenne des Droits de l’homme”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Septembre-Octobre 1974.

<sup>236</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2008, *Mesquer*, C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359.

<sup>237</sup> En *Mesquer*, un municipio francés había demandado a la empresa petrolera *Total* responsabilizándola de contaminar la costa atlántica con grandes cantidades de crudo. La clave de la disputa residía en dirimir si *Total* tenía la responsabilidad de compensar por daños de contaminación en virtud de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos. El TJUE denegó la pretensión de la empresa petrolera implicada - que afirmaba que la Directiva sobre residuos no se debía aplicar porque la cuestión de la responsabilidad ya era objeto de dos tratados internacionales (El Convenio sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969 y el Convenio sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación por hidrocarburos de 1971) que tenían primacía sobre aquel instrumento de Derecho derivado - sobre la base de dos argumentos. El primero era que la Comunidad no se había adherido formalmente a estos tratados y en el segundo descartaba la posibilidad

Comunidad había asumido plenas competencias en materia de comercio exterior<sup>238</sup>. Asimismo, gracias a la jurisprudencia más reciente como la sentencia *ATTA*, sabemos que no basta con haber transferido competencias a la Comunidad en una materia concreta sino que es necesario que tenga la competencia *exclusiva* en todo el ámbito cubierto por el tratado internacional de que se trate. El Tribunal ha fijado, por tanto, un criterio muy exigente y que pocos convenios se encuentran en posición de cumplir. La Abogada General Kokott reconocía en sus conclusiones en el asunto *TNT*<sup>239</sup> que el GATT constituye un caso “excepcional”<sup>240</sup>. Por su parte, Uerpmann considera que lo que ocurrió en el asunto *International Fruit Company* no fue un caso real de sucesión de Derecho Internacional Público sino que se trataba más bien de un ejemplo de “adhesión implícita” por parte de la Unión Europea<sup>241</sup>. En el caso del CEDH, es conocido que los Estados miembros no han transferido competencias plenas en materia de derechos fundamentales a la Comunidad.

El tercer pilar de la argumentación del Tribunal en el caso *International Fruit Company* lo constituye el consentimiento de las terceras partes del acuerdo GATT. En efecto, el Tribunal reconocía que la transferencia de competencias de los Estados miembros a la Comunidad en materia de política comercial común “se ha reconocido por las demás Partes Contratantes”<sup>242</sup>. El reconocimiento de los terceros afectados por un acuerdo internacional no es una cuestión baladí, puesto que recordemos que un convenio se basa en la voluntad de las partes. La Unión Europea no podría estar vinculada por un acuerdo internacional si las terceras partes no lo reconocieran, ya que podría ser interpretado por estas como una forma de los Estados miembros de esquivar sus obligaciones internacionales<sup>243</sup>. Así, el antiguo Presidente del Tribunal de la Unión, Gil Carlos

---

<sup>238</sup> Sentencia *International Fruit Company*, párrafo 16: “que, desde la entrada en vigor del Tratado CEE y, especialmente, a partir del establecimiento del arancel exterior común, la transferencia de competencias, producida en las relaciones entre los Estados miembros y la Comunidad, se ha concretizado de distintas maneras en el marco del Acuerdo General y se ha reconocido por las demás Partes Contratantes” (énfasis añadido)

<sup>239</sup> Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, presentadas el 28 de enero de 2010 en el asunto C-533/08 *TNT Express Nederland B.V. c. AXA Versicherung AG*

<sup>240</sup> Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto *TNT*, párrafo 62: “El GATT constituye a este respecto un caso excepcional, dado que la transferencia de las competencias de política comercial estaba expresamente establecida en el entonces Tratado CEE. Además, debido a un sistema de comercio mundial destinado a desarrollarse, existía una particular necesidad de sucesión funcional.”

<sup>241</sup> UERPMANN-WITZACK, R. ‘The Constitutional Role of Multilateral Treaty Systems’ in A. von Bogdandy and J. Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law*, 2006 (Oxford, Hart), p. 166.

<sup>242</sup> Sentencia *International Fruit Company*, párrafo 16.

<sup>243</sup> En este sentido, conviene recordar lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969. Éste fue adoptado el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Instrumento de adhesión de España de 2 de mayo de 1972 (BOE núm. 142 de 13-06-1980). Conviene

Rodríguez Iglesias rechaza la aplicación de la sucesión afirmando que la Unión Europea no podría ser tratada como una igual con las Partes contratantes sin el consentimiento de éstas<sup>244</sup>. Además, como señala acertadamente Van Rossem, debemos tener en cuenta el hecho de que las organizaciones internacionales no suelen ser muy proclives a aceptar en su seno una entidad no estatal como la Unión Europea<sup>245</sup>, por lo que considera que una sucesión funcional en Derecho internacional sería ir demasiado lejos<sup>246</sup>. En el caso del CEDH, es muy relevante la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos – y anteriormente, de su predecesora la Comisión Europea de Derechos

---

apuntar que, pese a que la Unión Europea no es Parte del Convenio de Viena de 1969, el TJUE ha afirmado que, dado que parte de las disposiciones del mismo son Derecho consuetudinario, éstas vinculan a las instituciones de la Unión y forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (Sentencia de 25 de febrero de 2010, Brita C-386/08 386/08 ECLI:EU:C:2010:91 apartado 42). Asimismo, interesa apuntar que el TJUE también ha hecho referencia al Convenio de Viena de 1986 sobre Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, que aún no ha entrado en vigor (Sentencia Francia/Comisión, C-327/91, ECLI:EU:C:1994:305, apartado 25). Véase para un estudio en profundidad de esta cuestión: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 51-102, p.53 y ss.; El artículo 26 establece la regla “*pacta sunt servanda*”, que reza literalmente: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El artículo 27 declara que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por tanto, la distribución “interna” que realicen los Estados miembros y la Unión Europea en cuanto a la transferencia de competencias no debe servir como justificación para eludir las obligaciones asumidas con terceras partes desde el punto de vista del Derecho Internacional Público. También debemos tener en cuenta el artículo 34 del mismo Convenio que establece: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

<sup>244</sup> UERPMANN “International Law...” *op. cit.* p. 35. En un brillante discurso pronunciado en el Tribunal de Estrasburgo, Rodríguez Iglesias reconoce que aunque el Convenio no se aplica formalmente como elemento integrante del Derecho Comunitario, el TJUE lo aplica “como si lo fuera”: “*même si la Convention n’est pas formellement appliquée en tant qu’élément faisant partie du droit communautaire, mais seulement prise en compte en tant que source d’inspiration pour l’identification des principes généraux, l’examen de la jurisprudence de la Cour de justice fait apparaître qu’en fait celle-ci applique la Convention comme si ses dispositions faisaient partie intégrante du droit communautaire*”. Discurso de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, con ocasión de la ceremonia de apertura del año judicial, Estrasburgo, 31 de enero de 2002, disponible en:

[http://www.cvce.eu/collections/unit-content/-/unit/d5906df5-4f83-4603-85f7-0cab24b9fe1/a581c869-f8e3-4893-bd90-a53fd54ed1e1/Resources#c201f6b4-21c4-408b-9a72-3b083048d5ec\\_fr&overlay](http://www.cvce.eu/collections/unit-content/-/unit/d5906df5-4f83-4603-85f7-0cab24b9fe1/a581c869-f8e3-4893-bd90-a53fd54ed1e1/Resources#c201f6b4-21c4-408b-9a72-3b083048d5ec_fr&overlay) (último acceso: 5 de enero de 2017).

<sup>245</sup> Es el caso, por ejemplo, de las Naciones Unidas, que sólo acepta como miembros a Estados, de acuerdo con sus tratados fundacionales. Tan sólo reconoce a otras organizaciones internacionales el estatus de observador, como es el caso de la Unión Europea. Véase la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/65/276 de 3 de mayo de 2011 sobre la participación de la Unión Europea en el trabajo de las Naciones Unidas. Véase en general sobre la participación de la UE en otras organizaciones internacionales: GOVAERE, I. CAPIAU, J. & VERMEERSCH, A. “In-Between Seats: the Participation of the European Union in International Organizations” *European Foreign Affairs Review* 9 (2004), p.155-187.

<sup>246</sup> VAN ROSSEM, J. “Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community” 40 *Netherlands Yearbook of International Law* (2009): “As long as international organisations are generally not very prone to welcome a non-state entity such as the EU into their midst, a functional substitution under international law might therefore prove to be a bridge too far.” Sobre el estatus de la Unión Europea en las organizaciones internacionales, véase: HOFFMEISTER, F. ‘Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies’, 44 *Common Market Law Review*, 2007

Humanos<sup>247</sup> – en la que declara que no tiene competencia *rationae personae* sobre actos de la Unión Europea al no ser ésta Parte en el CEDH, razón por la cual ha desestimado varias demandas por ir dirigidas contra la Comunidad/la Unión<sup>248</sup>. Según Bultrini, el hecho de que esta jurisprudencia permanezca inflexible, es decir, que el TEDH haya declarado reiteradamente asunto tras asunto que la Unión no ha ratificado el CEDH excluye definitivamente la propuesta de Pescatore de aplicar la teoría de la sucesión a este caso<sup>249</sup>. En efecto, si el Tribunal hubiese entendido que la Unión Europea había sucedido legalmente a sus Estados miembros en el Convenio de Roma, habría considerado que esas demandas eran admisibles. Asimismo, no hay constancia de que los demás Estados Partes en el Convenio (los 19 Estados que no forman parte de la Unión Europea) hayan aceptado la sucesión de la Unión en las obligaciones jurídicas asumidas por sus miembros mediante el CEDH.

En suma, podemos afirmar que, en el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no se cumple ninguna de las condiciones que sirvieron al Tribunal para aplicar la teoría de la sucesión funcional al GATT.

#### **1.2.2.2. La postura del TJUE y los debates doctrinales respecto a la aplicación de la teoría de la sucesión funcional al CEDH**

A pesar de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se pronunciado expresamente sobre si la teoría de la sucesión es específicamente aplicable o no al Convenio<sup>250</sup>, sí ha hecho ciertas manifestaciones de indudable trascendencia en este ámbito. Un ejemplo lo encontramos en la importantísima sentencia *Akerberg Fransson*, donde el Tribunal afirmó: “debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3– (...) éste no constituye, dado

---

<sup>247</sup> La Comisión Europea de Derechos Humanos era un órgano político encargado, desde 1954 hasta la entrada en vigor del Protocolo 11 en 1998, de filtrar las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, los individuos no tenían acceso directo al Tribunal sino que debían acudir primero a la Comisión. De acuerdo con el Protocolo 11, la Comisión continuó en funciones durante un año más tras la entrada en vigor de aquél, es decir, hasta el 31 de octubre de 1999.

<sup>248</sup> Véase el apartado 2.1.1 de este Capítulo, dedicado a la incompetencia *ratione personae* del Tribunal de Estrasburgo sobre los actos de la Unión Europea

<sup>249</sup> BULTRINI, A. “La responsabilité des États membres...” *op. cit.* p.20-21.

<sup>250</sup> SCHÜTZE, R. “The Succession Doctrine...” *op. cit.* p. 478: “Emblematically, the Court passed silently over the succession theory in the context of the European Convention of Human Rights”.

*que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión*”<sup>251</sup>. El Tribunal ha reiterado esta idea en el Dictamen 2/13, emitido precisamente para pronunciarse sobre la compatibilidad del borrador de acuerdo de adhesión con los Tratados y que estudiaremos en la parte segunda del presente trabajo: “según el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. No obstante, dado que la Unión no se ha adherido a dicho Convenio, éste no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>252</sup>. Y por supuesto, no podemos olvidar el imprescindible Dictamen 2/94, que analizaremos en el epígrafe siguiente, en el que el Tribunal sentenció de manera rotunda que la Comunidad no era competente para adherirse al Convenio. Si entonces no disponía de esta competencia, podemos deducir que menos aún es posible que el CEDH ya vinculara “formalmente” a la Comunidad sin pasar por la vía de la adhesión, como proponía Pescatore.

En el ámbito académico - con la excepción de los autores mencionados al inicio como Pescatore, Cohen-Jonathan, Marcoux o Leuprecht - la mayoría de los juristas que se han manifestado sobre esta cuestión se muestran contrarios a la aplicación de la sucesión funcional al Convenio de Roma. Es el caso de Weiler, que sostiene que es difícil aceptar la teoría de la sucesión en este asunto dada la tardía ratificación del CEDH por parte de Francia y el régimen diferenciado de reservas y adhesiones a distintos Protocolos practicado por los Estados Parte en el Convenio<sup>253</sup>. Scheeck considera que el hecho de que la Unión Europea se haya comprometido a respetar los derechos humanos garantizados por el Convenio no implica que éste, aunque ratificado por todos los Estados miembros de la UE, vincule también legalmente a la Unión<sup>254</sup>. De Schutter afirma que es indiscutible que la Unión no está obligada por el Convenio, ya que la teoría de la sucesión

---

<sup>251</sup> Énfasis añadido. Sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, apartado 44. El TJUE ha reiterado esta manifestación en Schindler Holding y otros/Comisión, C-501/11 P, EU:C:2013:522, apartado 32, y Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 41.

<sup>252</sup> Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, párrafo 179.

<sup>253</sup> WEILER, J. H. H. “Eurocracy and Distrust...” *op. cit.* p.1134-1135: “For some, the theory of substitution (which explains Community competences in the context of the GATT) provides a basis. It is difficult to accept this given the very late ratification by France and the differentiated regime of reservations and adhesions to protocols practiced by the Member State (...) Strictly speaking, the Community as such is not a member to the ECHR.”

<sup>254</sup> SCHEECK “Solving Europe’s binary....” *op. cit.* p.13: “The fact that the EU has committed itself to respecting those human rights granted by the ECHR does not imply that the Convention, though ratified by all EU member states, also legally binds the EU”

propuesta por Pescatore no tuvo el respaldo político que la habría hecho triunfar<sup>255</sup>. Lawson considera que no existe “obligación internacional” dado que la Comunidad nunca ha manifestado su consentimiento de estar vinculada por el CEDH, en el sentido del Convenio de Viena<sup>256</sup>. Simon razona que, en términos de relaciones entre sistemas, como diría Kelsen, la Comunidad Europea, al no ser parte del Convenio, no está sometida a las obligaciones de éste ni de sus protocolos en virtud del Derecho internacional<sup>257</sup>. Fernández Tomás afirma que aplicar el principio de sustitución al CEDH es exagerado puesto que en este tratado existen disposiciones que exceden sobradamente los límites competenciales de la Unión, y que incluso tras una adhesión formal, no podrían aplicarse tal y como existen en su estado actual<sup>258</sup>. No obstante, Fernández Tomás también hace referencia a una opinión mucho más matizada y es que “si (el CEDH) formase parte del derecho comunitario sería sólo de un modo parcial e indirecto, precisamente por la vía de los principios generales, en tanto en cuanto sus previsiones (las del CEDH), formarán parte de los principios generales del derecho comunitario”.

El hecho de que no se cumplen las condiciones establecidas jurisprudencialmente para la sucesión de la Unión en las obligaciones jurídicas de sus Estados miembros en la sentencia *International Fruit Company*, sumado a las declaraciones del Tribunal y al hecho de que gran parte de la doctrina se posiciona en contra de la aplicación de la teoría

---

<sup>255</sup> DE SCHUTTER, O. “L’”influence de la Cour européenne des droits de l’homme sur la Cour de justice des Communautés européennes”, 7 *CRIDHO Working Paper* 14, 2005, p. 9: “Nul ne conteste que les Communautés et l’Union européennes ne sont pas, en droit, liées par les obligations que la Convention européenne des droits de l’homme impose à ses Etats parties: la thèse de la succession de la Communauté européenne aux obligations internationales des Etats membres, autrefois avancée par le juge Pescatore pour soutenir l’affirmation inverse, n’a jamais reçu le soutien politique qui aurait permis de la faire triompher”

<sup>256</sup> LAWSON, R. ‘Confusion and conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg’, en LAWSON, R. and DE BLOIS, M.(eds), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of H. G. Schermers* (Kluwer Academic Publishers, 1994), Vol III, p.232: “This brings us to the essence of the argument. The international obligation is lacking. Neither the Community nor its Member States have ever declared that they considered the Community bound to the ECHR. Hence, the ‘consent to be bound’, within the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties, is lacking”

<sup>257</sup> SIMON, D. “Des influences reciproques entre CJCE et CEDH: Je t’aime, moi non plus”, *Pouvoirs: Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, 2001, n° 96, pp. 31-50, p.34.

<sup>258</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo...” *op. cit.* p. 708: “en mi opinión, la utilización del principio de sustitución no puede ser indiscriminada puesto que posee unos límites, aunque, si se quiere, tales límites sean también implícitos. Y los límites vendrían constituidos por la propia asignación de competencias otorgadas a las Comunidades que por su texto constitutivo, y si bien las fronteras —explícitas e implícitas— de dicho texto pueden no estar siempre bien amojonadas, no cabe en principio estirarlas hasta abarcar materias que no tengan nada que ver con los fines comunitarios. Así, afirmar, sin más precisión, que en la situación actual el CEDH ya forma parte del derecho comunitario parece a todas luces exagerado, puesto que existen en el Convenio disposiciones que exceden con mucho de los límites lógicos de dichas competencias, y que, ni siquiera tras la adhesión podrían ser aplicadas por los órganos comunitarios en su estado actual”

de la sucesión al caso del CEDH y la Unión Europea, nos llevan a concluir que ésta no se encuentra vinculada formalmente – aunque sí materialmente<sup>259</sup> - por las disposiciones de aquél hasta que se produzca una adhesión por los cauces legalmente previstos para ello. Llegados a este punto, una vez descartada la aplicación de la teoría de la sucesión funcional y consecuentemente, habiendo determinado que la Unión no está aún obligada formalmente por el CEDH, la única vía para conseguir ese resultado sería la adhesión a este instrumento internacional<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Conviene señalar que parte del contenido material del Convenio sí formaría parte del Derecho de la Unión Europea de forma indirecta a través de los principios generales, como afirmaba Fernández Tomás. En todo caso, estas normas vincularían a la Unión “materialmente” y no “formalmente” y habría que atender a cómo las ha interpretado el Tribunal de Justicia al integrarlas en el ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, conviene hacer referencia a la tesis sostenida por Bruno de Witte y es que el artículo 6.3 TUE dota al CEDH de fuerza legal vinculante sobre la Unión Europea. Según De Witte, la Unión no estaría vinculada por el Convenio a la luz del Derecho Internacional Público – porque no lo ha firmado ni ratificado – pero sí estaría vinculada a la luz del propio Derecho de la Unión – en base, precisamente, a este artículo 6.3 -, DE WITTE, B. “The use of the ECHR and Convention...” *op. cit.* p.22. Asimismo, hay autores que sostienen que todo el Convenio ha sido incorporado materialmente en el ordenamiento jurídico de la Unión a través del artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales, como se explicará en el Capítulo II.

<sup>260</sup> SIMON, D. “Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH...” *op. cit.* p. 39: “Il en résulte qu’au sens conventionnel du terme la Communauté ne pourrait être *liée* que dans l’hypothèse où l’Union européenne adhérerait à la Convention”



### 1.3. El Dictamen 2/94

#### 1.3.1. El camino hacia la solicitud del Dictamen: la comunicación de la Comisión de 1990

Tras la ralentización que se produce en los años ochenta respecto de la adhesión, la Comisión<sup>261</sup> retoma con fuerza esta iniciativa en una importantísima Comunicación de 19 de noviembre de 1990<sup>262</sup>, coincidiendo con el cuadragésimo aniversario del CEDH. Esta institución abre fuego en la primera línea de este documento con una frase sincera y reveladora: “hay una brecha evidente en el sistema jurídico comunitario”<sup>263</sup>. A continuación expone el problema: todos los actos jurídicos de los Estados miembros están sujetos a los mecanismos de control del CEDH para asegurar que los derechos humanos son respetados, mientras que la Comunidad, a pesar de que proclama su compromiso con los valores democráticos y los derechos humanos, no está sujeta a este control y sus actos disfrutan de una suerte de “inmunidad” respecto del Convenio<sup>264</sup>. Por eso, la Comisión afirma que esta fisura puede ser cubierta mediante la adhesión<sup>265</sup>, que sería una respuesta a la necesidad sentida desde hace años de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario<sup>266</sup>.

---

<sup>261</sup> Sobre la importancia de la adhesión y el papel activo de la Comisión en este asunto, conviene rescatar estas palabras de Salinas de Frías: “(La adhesión) no se trata de una mera solución doctrinal. Supone la toma de posición de una de las principales instituciones comunitarias, la Comisión, auténtica representante de la Comunidad como tal. Tampoco se trata de una propuesta ni coyuntural ni espontánea. Muy al contrario, presentada en 1979 con la abierta intención de suscitar un profundo debate político y jurídico que vertiese luz respecto de los aspectos más controvertidos de ésta, ha sido replanteada al inicio de la década de los noventa, hecho que sin duda le ha conferido un renovado interés, al tiempo que ha venido a demostrar la profunda importancia de este aspecto” en SALINAS DE FRÍAS, A. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, p.106.

<sup>262</sup> Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como a algunos de sus Protocolos adicionales, SEC (90) 2087 final, Bruselas, 19 de noviembre de 1990, disponible en: <http://aei.pitt.edu/3680/> (último acceso: 9 de diciembre de 2014)

<sup>263</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 1: “There is a conspicuous gap in the Community legal system”

<sup>264</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 1: “All legal acts of the Community Member States are subject to review by the Commission of Human Rights and the Court of Human Rights, which were set up by the European Convention on Human rights (ECHR) of 1950, to ensure that human rights are respected. The Community, however, while proclaiming its commitment to respecting democratic values and human rights, Is not subject to this control mechanism and the acts promulgated by Its Institutions enjoy a sort of “Immunity” from the Convention”

<sup>265</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 1: “This gap can be filled by having the Community accede to the ECHR”

<sup>266</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 1: “The idea of accession to the ECHR is a response to a long-felt need to ensure full respect for human rights in the interpretation and application of Community law”

El diagnóstico, como sabemos, no era nuevo. Sin embargo, la solución propuesta por la Comisión es mucho más contundente que en el Memorándum de 1979, puesto que esta vez instaba formalmente al Consejo a que le autorizara a comenzar las negociaciones para la adhesión<sup>267</sup>. En efecto, en esta Comunicación la Comisión considera que el momento de la integración de la Comunidad en el CEDH ha llegado, teniendo en cuenta los avances producidos en los últimos cuatro años tanto a nivel político como técnico<sup>268</sup>. En concreto, la Comisión se refiere al preámbulo del Acta Única Europea (aprobada en 1986) donde los Estados Miembros se comprometen a trabajar juntos para promocionar la democracia sobre la base de los derechos humanos reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, en el CEDH y en la Carta Social Europea<sup>269</sup>. Merece la pena destacar también que los derechos humanos se configuran en esta Comunicación como elemento indisociable de la actividad comunitaria<sup>270</sup>, así como objetivo horizontal que se proyecta sobre toda esta actividad<sup>271</sup>.

Tras el impulso dado por este importantísimo documento de la Comisión, y bajo los auspicios de la presidencia semestral de Bélgica del Consejo de la Unión Europea, el Comité de representantes creó, el 22 de julio de 1993, un Grupo de alto nivel *ad hoc*<sup>272</sup> para analizar las cuestiones de orden político, técnico y jurídico que podía plantear la

---

<sup>267</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 6:

“The Commission accordingly requests that the Council:

(i) approve the request for the Community's accession to the ECHR

(ii) authorize the Commission to negotiate the details of this accession in accordance with the directives set out in Annex I, the aim being to make the necessary adjustments to the Convention to make possible this accession (notably to provide for Community representation in the Commission of Human Rights and the Court of Human Rights)”

<sup>268</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 2: “*The time has come to make a formal request for Community accession to the ECHR, given the new developments over the last four years both at political level and in the more technical aspects*” (énfasis añadido)

<sup>269</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 3: The third paragraph of the preamble to the Single Act says that the Community Member States are “determined to work together to promote democracy on the basis of the fundamental rights recognized in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Social Charter, notably freedom, equality and social justice”

<sup>270</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 3: “Recent political developments have given human rights such a high profile that it is becoming increasingly difficult to separate the issue from Community activities”. CASADO RAIGÓN, R, “La actualidad de los derechos humanos...” *op.cit.* también llama la atención sobre este hecho en la p.74.

<sup>271</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, Anexo II, párrafo 7: “Accession to the Convention is one way of achieving *this horizontal objective* for Community activities by introducing effective external control through the mechanism of the Strasbourg Convention”. Concepción Escobar también subraya este hecho en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, del 28 de marzo de 1996)” *RIE*, 1998, p.832.

<sup>272</sup> DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation”, *Revue trimestrielle des Droits de l’homme*, vol 21, n° 83, 2010, p.2.

adhesión<sup>273</sup>. Este grupo no logró reunir un consenso sobre dos puntos cruciales: la competencia de la Comunidad para llevar a cabo la adhesión al CEDH y la compatibilidad ésta con el principio de autonomía del orden jurídico comunitario<sup>274</sup>. Por ello, el Consejo decidió solicitar al TJUE un dictamen sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH en base a lo previsto en el (entonces) artículo 228, apartado 6 del TCE. Los días 29 y 30 de noviembre de ese mismo año, tuvo lugar el Consejo de Ministros de Justicia e Interior que adoptó la decisión y trasladó el estudio de la cuestión al COREPER<sup>275</sup>. Éste emitió un informe en virtud del cual el Consejo elevó la solicitud de dictamen el 19 de abril de 1994<sup>276</sup>.

Mientras tanto, el resto de instituciones no se olvidaban de este tema. El 26 de octubre de 1993, la Comisión publicaba un documento de trabajo titulado “la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico comunitario”<sup>277</sup> en el que analizaba las cuestiones de la base jurídica de la adhesión y del monopolio jurisdiccional del Tribunal de Justicia. Por su parte, el 18 de enero de 1994, el Parlamento Europeo adoptaba una resolución<sup>278</sup>, en la que reiteraba sus posiciones en favor de la adhesión y las argumentaba, a la luz del Derecho de la Unión Europea, sobre la base un informe de la Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos<sup>279</sup>.

### **1.3.2. El contenido del Dictamen 2/94**

El Consejo, en virtud del artículo 228.6 del Tratado, planteó la cuestión al Tribunal en los siguientes términos:

“La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ¿sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?”.

---

<sup>273</sup> PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 142.

<sup>274</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión: legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material”, *Revista General de Derecho Europeo* 22, 2010, p.3.

<sup>275</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales...” *op.cit.* p.191.

<sup>276</sup> DOCE C 174, de 25 de junio de 1994, p.8.

<sup>277</sup> SEC(1993) 1679.

<sup>278</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH de 18 de enero de 1994 (Boletín UE C-44, 14 de febrero de 1994, 1994-1/2).

<sup>279</sup> Informe sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio europeo de Derechos Humanos elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos (ponente Sr. Bontempi) (Doc. A3-0421/93).

Como apuntan Kokott y Hoffmeister, este Dictamen trata sobre una de las cuestiones más importantes de la integración europea: la interrelación entre dos sistemas que constituyen elementos del orden público europeo -la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos-<sup>280</sup>. Y es cierto que es difícil realizar un análisis completo sobre la adhesión sin analizar este importantísimo Dictamen, que más allá de sus luces y de sus sombras, marcó un punto de inflexión en las relaciones entre ambos sistemas. El interés que suscitó el Dictamen 2/94 se puso de manifiesto también en la amplia participación en el procedimiento tanto de las instituciones como de los Estados miembros<sup>281</sup>, que se encontraban divididos entre los que estaban a favor de la adhesión y los que mostraban más rechazo o incluso hostilidad hacia la misma<sup>282</sup>. El Tribunal emitió el Dictamen el 28 de marzo de 1996<sup>283</sup>, justo en vísperas de la inauguración de la Conferencia Intergubernamental que llevó a la adopción del Tratado de Amsterdam en 1997.

#### 1.3.2.1. La admisibilidad de la solicitud del dictamen

La solicitud de este Dictamen al Tribunal de Luxemburgo planteaba un interesante problema de admisibilidad en torno a la interpretación del propio artículo 228.6 del Tratado<sup>284</sup> – actualmente corresponde al artículo 218.11 del TFUE<sup>285</sup> -. A la luz de la literalidad de esa disposición, se puede solicitar el dictamen al TJUE sobre un “acuerdo previsto”. La dificultad formal que se presentaba en este caso era que no existía ningún

---

<sup>280</sup> KOKOTT, J. and HOFFMEISTER, F. ‘Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’ (1996) 90 *American Journal of International Law* 664, p. 666

<sup>281</sup> ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, del 28 de marzo de 1996)” *RIE*, 1998, p. 820. Como señala en el pie de página 7: “además del Consejo, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo han presentado observaciones. Igualmente lo han hecho los Gobiernos de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia. Holanda, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Suecia.”

<sup>282</sup> GAJA, G. “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms” *op. cit.* p. 973: “While some Member States have been warm or tepid towards accession, others have shown reluctance or hostility.”

<sup>283</sup> Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996. Adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. ECLI:EU:C:1996:140

<sup>284</sup> Dicho artículo disponía, antes de la reforma llevada a cabo por el Tratado de Niza: “El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier *acuerdo previsto* con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea” (énfasis añadido)

<sup>285</sup> El artículo 218.11 del TFUE establece: “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”

texto en el que se reflejara dicho acuerdo<sup>286</sup>. En efecto, era controvertido el hecho de que el Consejo solicitara un dictamen al Tribunal sin que se hubiera adoptado siquiera una decisión para iniciar las negociaciones. Este fue el argumento empleado por los gobiernos de Irlanda, Reino Unido, Suecia y Dinamarca para sostener que la solicitud de dictamen debía ser declarada inadmisibile<sup>287</sup>. A juicio de los ejecutivos de estos países, no existía un acuerdo cuyo contenido fuera lo bastante preciso como para permitir al Tribunal de Justicia examinar la compatibilidad de la adhesión con el Tratado<sup>288</sup>. El Consejo era bien consciente de este obstáculo y para salvarlo, argüía que le era imposible adoptar una decisión sobre la apertura de negociaciones antes de que el Tribunal se pronunciara sobre si la adhesión era compatible o no con el Tratado de la Comunidad Europea<sup>289</sup>.

El Tribunal respaldó la posición del Consejo en este aspecto, dado que en los primeros párrafos del Dictamen defendía que la finalidad de este artículo era, precisamente, la de “evitar las complicaciones que surgirían de litigios relativos a la compatibilidad con el Tratado de acuerdos internacionales que obligaran a la Comunidad”<sup>290</sup>. Efectivamente, el Tribunal, muy consciente de los inconvenientes que entrañaría un acuerdo contrario al Derecho comunitario también desde el punto de vista del Derecho Internacional, reconocía que “una resolución judicial que declarara en su caso que tal acuerdo, a la vista de su contenido o del procedimiento seguido para su celebración, es incompatible con las disposiciones del Tratado no dejaría de provocar, no sólo en el plano comunitario, sino también en el de las relaciones internacionales, serias dificultades y podría perjudicar a todas las partes interesadas, incluidos los países terceros”<sup>291</sup>. El Tribunal reforzaba así la definición del mecanismo previsto en el entonces artículo 228.6 como una forma de control previo de constitucionalidad de los tratados que ha de responder al principio del “efecto útil”<sup>292</sup>, que ha sido mantenido con carácter general por la doctrina<sup>293</sup>.

---

<sup>286</sup> Véase PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p. 149

<sup>287</sup> Puente Egido señala que Irlanda y Reino Unido se manifestaron en contra de la admisión de la petición de solicitud de dictamen porque eran igualmente contrarios a la adhesión, mientras que Finlandia y Dinamarca lo fueron sólo porque consideraban que la cuestión no estaba aún suficientemente madura, no porque se opusieran a aquélla. PUENTE EGIDO, J.: “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada” *op cit.* p. 1133

<sup>288</sup> Dictamen 2/94, párrafo 1.

<sup>289</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea” *op. cit.* p.203.

<sup>290</sup> Dictamen 2/94, párrafo 3.

<sup>291</sup> Dictamen 2/94, párrafo 4.

<sup>292</sup> ESCOBAR C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos humanos...” *op. cit.* p.821. El propio Tribunal también alude al “efecto útil” de este procedimiento en el párrafo 16 del Dictamen 2/94.

<sup>293</sup> Véase DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M. “La competencia consultiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, J. D. (Dirs.): *El*

En realidad, el Tribunal se basaba en su propia jurisprudencia manifestada ya en los Dictámenes 1/75<sup>294</sup>, 1/78<sup>295</sup>, 1/92<sup>296</sup> y 3/94<sup>297</sup> en la que reconocía la posibilidad de solicitar un dictamen sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario sin que el acuerdo se encontrara materializado. ¿Cuándo debería ser entonces el momento adecuado para solicitar el dictamen? Luxemburgo declaraba ya en el Dictamen 1/78 que dependía fundamentalmente de la naturaleza de las cuestiones que se plantearan. Como explica Pi Llorens: “si se trata de dilucidar una cuestión de competencia, ésta podrá intervenir antes de la apertura de negociaciones; si por el contrario la pregunta versa sobre el contenido material del acuerdo, habrá que esperar a que esté claramente fijado”<sup>298</sup>. Así lo establece el Tribunal en el Dictamen 2/94 - en el que, a su vez, hace referencia al Dictamen 1/78 - donde declara que, en lo referente a las cuestiones de competencia “interesa tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados interesados (...) que dicha cuestión se aclare cuanto antes, desde la apertura de las negociaciones”<sup>299</sup>. El Tribunal afirma que el grado de precisión del contenido del acuerdo que debe ser exigido para la admisibilidad de la solicitud de dictamen depende del objeto de ésta<sup>300</sup>. En el caso concreto del Dictamen 2/94, el Tribunal identificó como objeto dos problemas diferenciados: por una parte, el de la competencia de la Comunidad para celebrar un acuerdo de este tipo y, por otra, el de su compatibilidad con las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea, especialmente las relativas a las competencias del Tribunal de Justicia<sup>301</sup>.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal, remitiéndose de nuevo al Dictamen 1/78, reiteró que cuando se trataba de resolver una cuestión de competencia, el único requisito era que se conociera el objeto del acuerdo previsto antes de iniciar las negociaciones<sup>302</sup>. El Tribunal consideraba que en este caso no cabía duda alguna de que “el objeto general de dicho Convenio, la materia que regula y el alcance institucional de dicha adhesión para

---

*Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Tecnos, Madrid. 1993, p. 592; RODRÍGUEZ IGLESIAS, J. C: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Ibidem*, p. 396. SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances? p.8; KOVAR, R., « La compétence consultative de la Cour de justice et la procédure de conclusion des accords internationaux par la Communauté économique européenne », in *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p. 371.

<sup>294</sup> Dictamen 1/75, de 11 de noviembre de 1975, ECLI:EU:C:1975:145.

<sup>295</sup> Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979, ECLI:EU:C:1979:224.

<sup>296</sup> Dictamen 1/92, de 10 de abril de 1992, ECLI:EU:C:1992:189.

<sup>297</sup> Dictamen 3/94, de 13 de diciembre de 1995.

<sup>298</sup> PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales... op. cit.* p.153.

<sup>299</sup> Dictamen 2/94, párrafo 10.

<sup>300</sup> Dictamen 2/94 párrafo 8.

<sup>301</sup> Dictamen 2/94, párrafo 9.

<sup>302</sup> Dictamen 2/94, párrafo 11.

la Comunidad son perfectamente conocidos”<sup>303</sup>, a pesar de que no se hubieran iniciado formalmente las negociaciones<sup>304</sup> y por tanto, concluye la admisibilidad parcial de la solicitud de dictamen, en lo referente a la competencia de la Comunidad para concluir un acuerdo de esta naturaleza<sup>305</sup>. Por el contrario, declaró inadmisibile la solicitud de dictamen respecto de la segunda cuestión, la compatibilidad del acuerdo con el Derecho Comunitario, porque no disponía de información suficiente sobre el modo en que la Comunidad proyectaba someterse a los mecanismos de control jurisdiccional establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>306</sup>. Por ello, algunos autores han sostenido que se trata de una solución “provisional”<sup>307</sup>. La profesora Escobar se muestra crítica con la diferenciación del Tribunal entre “competencia” y “compatibilidad” a efectos de la admisibilidad de la solicitud de dictamen, sobre todo, porque esta indefinición en la distinción de ambos conceptos se proyecta en el pronunciamiento sustantivo sobre la competencia de la Comunidad para adherirse al CEDH, ya que parece fundarse en elementos que “se sitúan en el plano de la compatibilidad y no en el de la competencia”<sup>308</sup>. Por el contrario, Pi Llorens sostiene que: “la distinción entre cuestiones de competencia y cuestiones materiales y la admisibilidad del dictamen por lo que respecta a las primeras parece de una lógica jurídica intachable y coherente, como ya se ha dicho, con la jurisprudencia anterior”<sup>309</sup>. Por su parte, Wachsmann apunta a que en la negativa del Tribunal a decidir sobre la compatibilidad de la adhesión con el tratado, late el deseo de evitar pronunciarse sobre un asunto extremadamente delicado<sup>310</sup>.

---

<sup>303</sup> Dictamen 2/94, párrafo 12.

<sup>304</sup> Dictamen 2/94, párrafo 16.

<sup>305</sup> Dictamen 2/94, párrafo 18.

<sup>306</sup> Dictamen 2/94, párrafos 19-22.

<sup>307</sup> DE SCHUTTER, O. y LEJEUNE, Y. “L’adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l’Homme. À propos de l’avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés”, CDE, 1996, n°5/6, pp. 555-606, p.557

<sup>308</sup> ESCOBAR, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos...” *op.cit.* p. 825-826. Reitera esta visión en la p. 834: “Y pone de manifiesto, por otro lado, la artificialidad que, en este caso concreto, tiene la distinción radical entre competencia y compatibilidad, ya que aunque ambas cuestiones se separan a efectos de la admisibilidad, con posterioridad se entremezclan —aunque sea en forma implícita— para fundamentar el pronunciamiento del TJCE sobre el fondo de la consulta”

<sup>309</sup> PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario” *op cit.* p. 152.

<sup>310</sup> WACHSMANN, P. “l’avis 2/94 de la Cour de Justice relative à l’adhesion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales” *revue trimestrielle de droit europeen*, n°3, 1996, pp. 467-491.

### 1.3.2.2. La competencia de la Comunidad Europea para suscribir el acuerdo

Una vez que el Tribunal decidiera que tan sólo era admisible la cuestión de la competencia y apartara de su consideración el problema de la compatibilidad, entró a analizar aquélla, que se convirtió en el núcleo de la cuestión sustantiva del Dictamen 2/94. No deja de ser sorprendente que, mientras el Tribunal se ocupara de la admisibilidad de la solicitud del dictamen a lo largo de veintidós párrafos, fuera tan conciso a la hora de argumentar en la parte sustantiva del problema<sup>311</sup>.

El Tribunal partió en su argumentación de la aplicación del principio de atribución como regla básica de actuación de la Comunidad Europea tanto dentro como fuera de sus fronteras<sup>312</sup>. Por ello, en primer lugar, el Tribunal procedió a analizar si la Comunidad tenía una competencia (explícita) en derechos humanos, concluyendo tajantemente que: “ninguna disposición del Tratado confiere a las instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito”<sup>313</sup>. Sin embargo, como apuntan varios autores<sup>314</sup>, el Tribunal no analizó de forma exhaustiva el asunto desde la perspectiva de las competencias implícitas, doctrina que fue establecida por la propia jurisdicción de Luxemburgo<sup>315</sup> y constituye un principio fundamental en las relaciones exteriores de la Comunidad<sup>316</sup>. El Tribunal se limita a recordar que “es jurisprudencia reiterada que la

---

<sup>311</sup> GRAGL, P. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.79. Este autor critica la brevedad de la argumentación del Tribunal y afirma, irónicamente, que da la sensación de que los jueces han seguido el consejo de Polonio en “Hamlet” cuando declara “brevity is the soul of wit”. En este sentido, Gaja señala que el Tribunal no sólo le dedica menos párrafos a esta parte del dictamen sino que además es menos coherente: “The part of the Court’s Opinion concerning the Community’s competence to conclude an accession agreement comprises fewer recitals. It is also less coherent, while it offers an insight on a variety of issues”, en GAJA, G. “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms” *op. cit.* p. 981.

<sup>312</sup> Dictamen 2/94, párrafos 23 y 24.

<sup>313</sup> Dictamen 2/94, párrafo 27.

<sup>314</sup> ARNULL, A. “Left to its own devices? Opinion 2/94 and the protection of Fundamental Rights in the European Union” in DASHWOOD, A. and ILLION, C. (eds.) *The General Law of EC External Relations* 2000, London, Sweet & Maxwell, 61 y CREMONA, M. “The EU and the External Dimension of Human Rights Policy” in KONSTANDINIS, S. V. (ed.) *A People’s Europe Turning a Concept into a Content* (EC/International Law Forum III, 1998, Ashgate and Dartmouth, Aldershot, 155.

<sup>315</sup> La teoría de las competencias implícitas fue formulada por el Tribunal de Justicia por primera vez en su emblemática sentencia de 31 de marzo de 1971, *ERTA*, asunto C-22/70 ECLI:EU:C:1971:32.

<sup>316</sup> Araceli Mangas y Diego Liñán explican la doctrina de los poderes implícitos así: “Según la doctrina de los poderes implícitos (*implied powers*) se admite que una organización internacional, además de las competencias expresamente atribuidas, puede disponer de las competencias que sean necesarias, incluso nuevas, para la realización de los objetivos fijados por el Tratado constitutivo, o que sean esenciales al ejercicio de las funciones asignadas a la organización”, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. “Instituciones y Derecho de la Unión Europea” *op. cit.* pp.75-76; Véase también sobre la existencia de las competencias implícitas y la doctrina *ERTA*: DELGADO CASTELEIRO, A. *The International Responsibility of the European Union From Competence to Normative Control*, *op. cit.* p.22 y ss.;



competencia de la Comunidad para contraer obligaciones internacionales puede resultar no sólo de disposiciones explícitas del Tratado, sino que también puede derivarse de manera implícita de dichas disposiciones”<sup>317</sup>. Tras esta afirmación, no entró a estudiar detenidamente si la Comunidad podía tener competencias implícitas en materia de derechos humanos y argumentar en un sentido u en otro. Simplemente su trabajo se circunscribió a declarar que carecía de ellas<sup>318</sup>.

El Tribunal pasó entonces a examinar si, al no tener la Comunidad competencia en el ámbito de los derechos humanos, el artículo 235 TCE<sup>319</sup> podría constituir la base jurídica para la adhesión. Tanto la doctrina<sup>320</sup> como la Comisión y el Parlamento Europeo se habían mostrado favorables a la utilización de esta disposición<sup>321</sup>, no así el Consejo,

---

HOLDGAARD, R. *External Relations Law of the European Community. Legal reasoning and Legal Discourses*, Kluwer Law International, 2008, p. 53-67 p. 91-122; MACLEOD, I, HENDRY, I. D., HYETT, S. *The external relations of the European Communities*, Oxford, 1996, p. 47-63, CRAIG, P. and DE BURCA, G. *EU Law. Text, cases and materials*, Nueva York, 2008, p. 173-179.

<sup>317</sup> Dictamen 2/94, párrafo 26.

<sup>318</sup> Dictamen 2/94, párrafo 28: “Al no existir competencias específicas expresas o implícitas al respecto, es preciso examinar si el artículo 235 del Tratado puede constituir la base jurídica para la adhesión”

<sup>319</sup> El artículo 235 TCE disponía: “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”. Hoy en día este artículo se corresponde con el artículo 352 del TFUE que establece: “1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo. 3. Las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización. 4. El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea.”

<sup>320</sup> Véase, por ejemplo, FERRARI BRAVO. L. “Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità Europee alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo”, *Rivista di diritto Europeo*, 1979, pp. 347 y ss.

<sup>321</sup> Para la posición de la Comisión respecto a la base jurídica que debía ser utilizada para la adhesión, véase su Memorandum de 1979, párrafo 44: “The legal basis for accession could be provided by Article 235 of the EEC Treaty, Article 203 of the Euratom Treaty and Article 95 of the ECSC Treaty, which enable appropriate provisions to be adopted if an action appears necessary to achieve one of the objectives of the Community”. Véase también su Comunicación de 1990 párrafo 7; “The choice of Article 235 of the EEC Treaty, Article 203 of the Euratom Treaty and Article 95 of the ECSC Treaty as the legal basis for the act of accession to the Convention therefore seems fully justified.” Respecto de la posición del Parlamento Europeo, véase su Resolución de 18 de enero de 1994, párrafo 8: “Considera que los artículos 235 CE, 203 CEEA y 95 CECA son los fundamentos jurídicos adecuados para la adhesión al CEDH, a la vista del preámbulo del Acta Única, que se refiere al CEDH, a los compromisos de los Estados miembros en la materia (concretamente los que figuran en la Declaración común precitada de las tres instituciones del 5 de abril de 1977 y en la Declaración de los Estados miembros de Copenhague del 8 de abril de 1978 sobre la democracia) y al apartado 2 del artículo F y al apartado 1 del artículo K.2 del Tratado de la Unión Europea”

donde no se había podido obtener la unanimidad requerida. España, Francia, Irlanda, Portugal y Reino Unido se mostraban contrarios a la suficiencia del artículo 235 TCE como base jurídica<sup>322</sup>. Además, Francia, España y Portugal entendían que la adhesión era incompatible con los artículos 164 TCE y 219 TCE, es decir, con la exclusividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho comunitario. Asimismo, aducían que la protección de los derechos fundamentales no se encontraba entre los objetivos de la Comunidad tal y como se formulaban en los artículos 2 y 3 del tratado. En cuanto al artículo F2, dichos ejecutivos sostenían que se limitaba a recoger la jurisprudencia del Tribunal, asegurando la protección de los derechos fundamentales a través de los principios generales del Derecho comunitario, pero que no permitía ninguna acción específica como suscribir un tratado de adhesión<sup>323</sup>.

En la posición contraria, los gobiernos italiano y alemán se manifestaban a favor de la adhesión sobre la base jurídica del artículo 235 TCE. Asimismo, estos gobiernos junto con los de Austria, Bélgica, Finlandia, Alemania, Grecia, Italia y Suecia defendían que los tres requisitos del artículo 235 se cumplían: la protección de los derechos humanos constituía un objetivo de la Comunidad, la adhesión era necesaria para alcanzar ese objetivo y existía una conexión entre la adhesión y el funcionamiento del mercado común<sup>324</sup>. El Parlamento además argüía que la Comunidad tenía la obligación de garantizar al ciudadano una protección equivalente a la que tiene frente a los actos del Estado. Puente Egido rebate esta postura, afirmando que es necesario diferenciar entre dos aspectos absolutamente diferenciados; uno es el respeto a los derechos fundamentales como condición de la legalidad de los actos de toda estructura democrática y otro es la competencia de una organización internacional como la Comunidad Europea para adherirse a un tratado<sup>325</sup>.

---

<sup>322</sup> KOKOTT, J. and HOFFMEISTER, F. ‘Opinion 2/94...’ *op. cit.* p. 667.

<sup>323</sup> PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario” *op. cit.* p. 155.

<sup>324</sup> KOKOTT and HOFFMEISTER ‘Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention...’ *op. cit.* p.667; Véase también PUENTE EGIDO “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?...” *op. cit.* p.1130.

<sup>325</sup> PUENTE EGIDO “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?...” *op. cit.* 1130: “Hay aquí una primera manifestación en el deslizamiento de un error de técnica jurídica que estimamos oportuno poner de relieve. Una cosa es el respeto de derechos fundamentales, que en el ejercicio del poder político en toda estructura democrática es condición de la legalidad o legitimidad de esos actos, y otra muy diferente es la competencia de una organización internacional para adherir a un tratado, cuando los poderes (competencia) limitados que ella tiene atribuidos no se lo permiten. Y éste, solamente éste era el problema sometido a debate y necesitado de respuesta”.

Como podemos observar, el Dictamen 2/94 es un buen indicador de las posiciones de los Estados miembros y de las instituciones respecto a la adhesión de la Unión Europea al CEDH a mediados de los noventa. En este sentido, Laurent Scheeck afirma que el Dictamen permite romper con la idea de que el Reino Unido era el único país opuesto a un régimen fuerte de los derechos humanos en la Unión Europea<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances?” *op. cit.* p.12: “L’ « affaire » 2/94 est ainsi un bon indicateur des positions des États membres au milieu des années 1990 à l’égard des droits de l’homme et permet de rompre avec l’idée que la Grande Bretagne est l’unique pays opposé à un régime fort des droits de l’homme dans l’Union”. Conviene señalar que este autor parece dar por supuesto que estar en contra de la adhesión es oponerse a una fuerte protección de los derechos humanos.

Esta tabla recoge las posiciones de los quince Estados Miembros y de las instituciones en aquella época, sobre la base de sus alegaciones al Dictamen 2/94:

	<b>A favor de la adhesión</b>	<b>Exigen una revisión previa de los Tratados</b>	<b>Sin una posición determinada</b>
<b>Estados</b>	Alemania	España <sup>327</sup>	Luxemburgo
	Austria	Francia	Países Bajos
	Bélgica	Irlanda	
	Dinamarca	Portugal	
	Finlandia	Reino Unido	
	Grecia		
	Italia		
	Suecia		
<b>Instituciones</b>	Comisión		
	Parlamento		
	Consejo		

Tabla 1. Posición de los Estados miembros y de las instituciones europeas respecto a la adhesión a mediados de los años noventa.  
Fuente: SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances?” *op. cit.* p.12.

En cuanto al pronunciamiento del Tribunal, no llegó a manifestarse siquiera, en su concisa argumentación, sobre si la defensa de los derechos humanos era o no un objetivo de la Comunidad<sup>328</sup>, lo cual es especialmente sorprendente si tenemos en cuenta que ésta es la

<sup>327</sup> El Gobierno español presentó observaciones escritas e intervino en la vista oral celebrada el 7 de noviembre de 1995. Alegó en el procedimiento que la Comunidad Europea no tenía ni competencias explícitas ni implícitas para la adhesión.

<sup>328</sup> En este sentido, ver PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario” *op. cit.* p.157 o GAJA, G. “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention...” *op. cit.* p.984. Asimismo, resulta llamativo que el Tribunal no se refiriera en absoluto al Dictamen 1/94, que

primera condición para la aplicación del artículo 235<sup>329</sup>. Si declaró, en cambio, que el respeto de los derechos humanos constituía un requisito para la legalidad de los actos comunitarios<sup>330</sup>. Además, estableció que el artículo 235 no podía servir de base “para ampliar el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado”<sup>331</sup> y tras un brevísimo recorrido por la posición que los derechos humanos ocupaban en el ordenamiento jurídico comunitario y en su propia jurisprudencia<sup>332</sup>, afirmaba que “la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario”<sup>333</sup>. Por esta razón, concluyó que “una modificación semejante (...) tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235 TCE. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”<sup>334</sup>. Por tanto, el Tribunal selló su Dictamen afirmando la falta de competencia de la Comunidad para adherirse al CEDH, con los mimbres jurídicos de aquella fecha. El Tribunal no declaraba que la adhesión fuera imposible, pero sí que habría que esperar a una modificación de los Tratados para obtener la base jurídica necesaria para llevarla a cabo<sup>335</sup>.

---

precisamente tiene por objeto el artículo 235 del Tratado como fundamento jurídico en las relaciones exteriores de la Comunidad. Sobre la relación entre el Dictamen 1/94 y el 2/94, véase DE SCHUTTER, O. y LEJEUNE, Y. “L’adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l’Homme...” *op. cit.* p. 568 y ss.

<sup>329</sup> Beaumont critica que el Tribunal no hiciera un análisis detallado de la competencia de la Comunidad de conformidad con el artículo 235 TCE: “The court seems to have avoided a detailed analysis of the scope of the Community's competence under art 235 EC. One would have expected a consideration of the "objectives of the Community" and then of whether or not acceding to the ECHR could be said to be "necessary" to attain one of the objectives. The court did not do so. Instead it shed some light on what comes within the scope of art 235 by stating what it cannot do.” BEAUMONT, P. “The European Community Cannot Accede to the European Convention on Human Rights” *Edinburgh law Review*, p.235-249, p.245.

<sup>330</sup> Dictamen 2/94, párrafo 34.

<sup>331</sup> Dictamen 2/94, párrafo 30.

<sup>332</sup> Dictamen 2/94, párrafos 32 y 33.

<sup>333</sup> Dictamen 2/94, párrafo 34.

<sup>334</sup> Dictamen 2/94, párrafo 35. Pi Llorens apunta a que en esta lectura estricta del artículo 235 podría haber influido la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, que fue dictada a propósito de la ratificación del Tratado de Maastricht. En esta decisión el Tribunal alemán reivindicaba, al igual que ya hiciera en *Solange I*, su tarea de revisión de los actos jurídicos comunitarios, en concreto, su labor de comprobar si los mismos cumplían estrictamente los límites competenciales de la Unión Europea y en caso de que excedieran dichos límites, podría declararlos *ultra vires* y consecuentemente, no se aplicarían en Alemania. PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario” *op. cit.* Sobre esta sentencia, véase HARTLEY, T. “The foundations of European Union”, Oxford University Press, 2010, Oxford, pp. 262-267.

<sup>335</sup> PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario” *op. cit.* p. 16.

### 1.3.3. Los debates doctrinales en torno al Dictamen 2/94

No es discutida la enorme trascendencia tanto jurídica como política del Dictamen 2/94, pero sí lo es la actuación del Tribunal en el mismo. Dada la relevancia del asunto, es cuando menos decepcionante que no entrara a decidir sobre el núcleo de la cuestión; la compatibilidad de la adhesión con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión. Concepción Escobar señala que “el Tribunal ha desaprovechado una buena oportunidad para entrar en el fondo de importantísimos problemas técnicos que, sin duda, habrían aportado luz a la polémica sobre la adhesión”<sup>336</sup> y que la debilidad de la estructura argumental seguida tiene como efecto “suscitar un número de interrogantes mayor al de las cuestiones que efectivamente resuelve”<sup>337</sup>. Además, Escobar afirma que la conclusión del Tribunal se trata de “un cierre en falso con el que, lejos de resolver de forma definitiva e indubitada los problemas apuntados por los Estados y las Instituciones, el TJCE, recurriendo a una línea argumental reduccionista, ofrece nuevos frentes de debate”<sup>338</sup>. En la misma línea, Hermida del Llano sostiene que el Dictamen “no soluciona los problemas y se limita a reafirmar el *status quo* puesto que tan sólo observa que la Comunidad, basada en el sistema de atribución, carece de competencias (...) en esta materia”<sup>339</sup> y “se echa de menos que no se pronuncie en rotundidad sobre el problema de la compatibilidad de la adhesión con algunas disposiciones del TCE”<sup>340</sup>.

Más allá de la falta de pronunciamiento sobre el asunto nuclear de la compatibilidad, mucho se ha escrito sobre la conclusión del Tribunal de que la Comunidad no tenía competencia en materia de derechos humanos. En este sentido, la doctrina se encuentra dividida. Así, Concepción Escobar sostiene que: “se trata de una solución que no admite crítica alguna, ni siquiera tras la reforma introducida por los artículos F.2, J.1 y K.2 del Tratado de Maastricht”<sup>341</sup>. Por el contrario, Carrillo Salcedo afirma que: “sorprende que el Tribunal se negara a admitir que la Comunidad – que él ha calificado de “Comunidad

---

<sup>336</sup> ESCOBAR, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos...” *op.cit* p.837.

<sup>337</sup> ESCOBAR, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos...” *op.cit* p.835.

<sup>338</sup> ESCOBAR, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos...” *op.cit.* p.820.

<sup>339</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea” *op. cit.* p.200.

<sup>340</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea” *op. cit.* p.201.

<sup>341</sup> ESCOBAR, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos...” *op.cit.* p.829. Además, subraya el carácter restringido de la protección de derechos humanos por parte de la Comunidad, en lo que coincidimos plenamente: “esta conclusión es coherente con la anterior jurisprudencia del TJCE que, a pesar de haber establecido un completo y eficaz sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito comunitario, lo ha hecho con carácter marcadamente restringido, es decir en tanto en cuanto se produzca un atentado a los derechos fundamentales desde la perspectiva y con una conexión comunitaria; no tratándose, en ningún caso, de un sistema de protección general de los derechos humanos que resultaría inviable a la luz del Tratado CE”

de Derecho” – tiene una competencia transversal en materia de derechos humanos, ya que ésta es una cuestión que atañe más al modo de ejercicio de competencias por las instituciones comunitarias que a una competencia comunitaria en sentido estricto, comparable, por ejemplo, a la que la Comunidad tiene en agricultura o en materia de transportes”<sup>342</sup>. Hay autores que se plantean si el Dictamen 2/94, al declarar que la Comunidad no tiene una competencia general en materia de derechos humanos, no cuestiona la legalidad de normas ya adoptadas en este ámbito. Como escribe Joël Rideau: “pone en entredicho la legitimidad de ciertas normas de Derecho derivado así como una abundante jurisprudencia sobre protección de los derechos humanos que el Tribunal podría haber debilitado”<sup>343</sup>. Asimismo, Kokott y Hoffmeister sostienen que no está claro si el Tribunal se refiere a la falta de competencia general de la Comunidad en materia de derechos humanos o sólo a que la subordinación al Tribunal de Estrasburgo va más allá del artículo 235 del Tratado. Por ello, se plantean si la Comunidad tendría competencia para incluir cláusulas de derechos humanos con terceros Estados y para adoptar su propio catálogo de derechos<sup>344</sup>. En cambio, Alston y Weiler consideran que el Tribunal no sugiere en absoluto que la protección de derechos humanos no sea un objetivo de la Comunidad ni que ésta carezca de competencia para legislar en este ámbito<sup>345</sup>. Por su parte, Eeckhout sugiere que la teoría de las competencias implícitas podría haber sido aplicada al Dictamen 2/94 y que por tanto, el Tribunal debería haber concluido que la Comunidad sí era competente para adherirse al Convenio<sup>346</sup>.

Hay quien apunta a que la razón de que el Tribunal no considerara que la Comunidad tenía competencia para concluir un acuerdo de esa naturaleza residía en la reticencia del Tribunal a subordinarse a otra jurisdicción y en mantener “su supremacía institucional

---

<sup>342</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. “Una cuestión pendiente: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2002, pp.109-116, p.110.

<sup>343</sup> RIDEAU, J. “Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos”, en MATÍA PORTILLA, Civitas, Madrid, 2002, p. 61-86, p. 79.

<sup>344</sup> KOKOTT J. and HOFFMEISTER, F. *op. cit.* p. 667: “It is unclear whether the Court negated the Community's general competence to protect human rights, or advised only that “a substantial change in the present Community system” -in particular, the subordination of the Court to the European Court of Human Rights-is beyond the scope of Article 235 of the Treaty. This question poses two important issues. First, is the Community competent to include so-called human rights clauses in its agreements with third states? Second, is the Community competent to adopt its own catalog of human rights”

<sup>345</sup> ALSTON, P. / WEILER J. H. H. An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy, *EJIL* 9, 1998, p. 658-723, p. 680: “At no point in that Opinion did the Court suggest that the protection of human rights was not an objective of the Community, nor did it say that the Community lacked competence to legislate in the field of human rights.”

<sup>346</sup> EECKHOUT, P. “The Doctrine of Implied Powers” *External Relations of the EU*, Oxford EU Library, 2011

frente a todas las demás jurisdicciones en concurrencia”<sup>347</sup>. Kuijer también señala a la rivalidad oculta entre ambos tribunales como posible explicación al sentido del Dictamen<sup>348</sup>. Por el contrario, el antiguo presidente del Tribunal, Gil Carlos Rodríguez Iglesias considera que este pronunciamiento no constituye ni una forma de oposición a la adhesión por parte del TJUE ni rechazo a ocupar una posición subordinada a Estrasburgo. Rodríguez Iglesias recuerda que este Dictamen se publicó justo un día antes de una conferencia gubernamental, de tal forma que si hubiese habido voluntad política de dotar a la Unión de una base jurídica para la adhesión se habría realizado<sup>349</sup>.

Laurent Scheeck se pronuncia en un sentido similar al afirmar que no se trata tanto de una forma de resistencia frente al orden convencional del CEDH como de una decisión realista desde un punto de vista político. Según este autor, el Tribunal habría manifestado una gran contención sobre una cuestión políticamente muy sensible, presa del desacuerdo intergubernamental. Decidiendo de esta manera, el TJUE habría evitado exponerse a las iras de los Estados miembros más escépticos respecto al régimen europeo de los derechos humanos<sup>350</sup>. En efecto, antes incluso de que el Tribunal dictara el Dictamen 2/94, varios Estados ya habían manifestado que no tenían ninguna intención de dar su visto bueno para que la Comunidad se adhiriera al Convenio. Por ello, el Reino Unido había declarado que consideraba que el Dictamen del Tribunal era inútil, ya que de todas maneras estaba en contra de la adhesión<sup>351</sup>. A pesar del pragmatismo político con el que Scheeck analiza el Dictamen, no deja de mostrar su asombro ante la decisión del Tribunal, al tratarse de la primera institución de la Comunidad Europea que había garantizado una mejor protección de los derechos humanos y sin embargo en este fallo privilegiaba sus intereses

---

<sup>347</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, op. cit. p.200.

<sup>348</sup> KUIJER, M. “The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR’s 60<sup>th</sup> anniversary or an unwelcome intruder at the party?”, *Amsterdam law Forum*, 2011, p.3: “*Malicious tongues said that the Opinion was the result of covert rivalry between the Luxembourg and Strasbourg Courts*”

<sup>349</sup> Discurso de Gil Carlos Rodríguez Iglesias con ocasión de la apertura del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de enero de 2002, Informe Anual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2002, Registro del Tribunal, Estrasburgo: “that Opinion did not in any way constitute the expression of negative attitude on the part of the ECJ towards the principle of such accession, still less the manifestation of any reluctance to occupy a position subordinate to the Strasbourg Court. It must be borne in mind that that Opinion was delivered on the eve of an intergovernmental conference which could easily have created the constitutional basis for the conferment of the competence needed for accession, *had the political will to so existed*.” (énfasis añadido)

<sup>350</sup> SCHEECK, L. “Le dialogue...” op. cit. p.9: “Mais il s’agit sans doute moins d’une forme de “résistance” à l’égard de l’ordre conventionnel que d’une décision réaliste d’un point de vue politique. Dans son avis 2/94, la Cour a fait preuve d’une grande retenue sur une question politiquement très sensible, en proie au désaccord intergouvernemental. En renvoyant la vallee dans le camp politique, elle a évité de s’exposer aux foudres des États membres les plus sceptiques à l’égard du régime européen des droits de l’homme”

<sup>351</sup> SCHEECK “Le dialogue” op. cit. p.9.



institucionales en detrimento de aquellos<sup>352</sup>. Pi Llorens también se refiere al alto contenido político que rodeaba a la solicitud del Dictamen<sup>353</sup> y Simon incluso habla de “trampas políticas”<sup>354</sup>. Giorgio Gaja también es consciente de las implicaciones políticas de esta decisión del Tribunal y señala que les resultó muy útil a aquellos Estados que estaban manifiestamente en contra de la adhesión pero no querían que se les acusara de oponerse a una mejora en la protección de los derechos humanos<sup>355</sup>. Es evidente que, sin la luz verde del Tribunal, no tendrían que verse ante la tesitura de oponerse frontalmente a la adhesión en una votación que requería la unanimidad. Gaja es tajante y afirma que el Tribunal “al cerrar la puerta a la adhesión, ha fallado, lamentablemente, en contribuir al desarrollo de la protección de los derechos humanos”<sup>356</sup>.

A pesar de que, como hemos visto, los estudios doctrinales son, en general, muy críticos con el Dictamen 2/94, cabe señalar aquí la lectura positiva que hace del mismo Montserrat Pi Llorens. Esta autora afirma: “la protección de los derechos fundamentales constituye un elemento esencial de cualquier ordenamiento jurídico y las cuestiones que afectan al régimen de esta protección tienen una gran relevancia no sólo jurídica sino también política. Ello exige que una decisión que afecte al régimen general de protección de los derechos humanos, como lo sería la adhesión al CEDH, merece adoptarse al máximo nivel “constitucional” comunitario, puesto que el artículo 235 no puede ser nunca una vía para modificar o afectar elementos esenciales del sistema del tratado”<sup>357</sup>. Pi Llorens considera que este pronunciamiento es un reconocimiento del valor constitucional de los tratados y de la relevancia de la defensa de los derechos fundamentales, lo que imposibilita que pueda tratarse por una vía secundaria. Por esta razón, ve en el Dictamen 2/94 una oportunidad para que los Estados miembros y las instituciones aborden esta cuestión al máximo nivel jurídico y político; a través de un proceso constituyente y democrático en el seno de la Unión Europea<sup>358</sup>.

---

<sup>352</sup> SCHEECK, “Le dialogue” *op. cit.* p.9.

<sup>353</sup> PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p.153: “en el seno del Consejo no existe unanimidad sobre la conveniencia de la adhesión y el TJCE ha podido tener la impresión que con la solicitud del dictamen se estaba desviando al terreno jurídico una discusión que tiene claras connotaciones políticas”

<sup>354</sup> SIMON, D. “L’avis 2/94 du 28 mars 1996 sur l’adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l’homme”, Europe, 1996, n° 6, pp.1-4, p.2.

<sup>355</sup> GAJA, G. “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention...” *op. cit.*, p. 974.

<sup>356</sup> GAJA, G. “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention...” *op. cit.*, p. 989: “...by simply closing the door to accession the Court has regrettably failed to contribute to the development of the protection of human rights”.

<sup>357</sup> PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p. 160.

<sup>358</sup> PI LLORENS, M. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p. 161.

En todo caso, el tiempo transcurrido ha puesto de manifiesto que el obstáculo a la adhesión no trataba solamente de una cuestión de falta de competencia, sino, por una parte, de la falta de voluntad política imperante en aquella época, y por otra, de problemas técnico-jurídicos de muchísima mayor complejidad - que si el Tribunal hubiese entrado a resolver en 1996, probablemente habríamos evitado casi dos décadas de incertidumbre, sobre todo, tras conocerse el Dictamen 2/13, también desfavorable a la adhesión, que abordaremos en la II Parte del presente trabajo -.

## 1.4. La doble base jurídica necesaria para la adhesión

### 1.4.1. Perspectiva de la Unión Europea: el Tratado de Lisboa

#### 1.4.1.1. La introducción del mandato de adhesión en el artículo 6.2 del TUE

El Dictamen 2/94 fue categórico al determinar que la Comunidad no tenía competencia para adherirse al CEDH y que para dotarse de ella, era necesaria una modificación de los Tratados. Es evidente que ésta no era una cuestión baladí y requería, sobre todo, mucho tiempo para lograr el consenso entre todos los Estados miembros. Así lo pone de manifiesto el hecho de que el Tribunal pronunciara el Dictamen en 1996 y la reforma necesaria del Tratado no llegara hasta trece años después, en 2009. No deja de ser curioso que justo el día posterior a la publicación del Dictamen 2/94, el 29 de marzo de 1996, se inaugurara la Conferencia intergubernamental que dio lugar al Tratado de Amsterdam - que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 - y no realizó la modificación necesaria para la adhesión<sup>359</sup>. Lo mismo sucedió con el Tratado de Niza - que fue objeto de un acuerdo político en 2000 y entró en vigor en 2004 – que ignoró esta cuestión y tampoco creó la competencia requerida para que la Unión Europea pudiera adherirse al CEDH<sup>360</sup>.

Finalmente, como se ha indicado con anterioridad, es el Tratado de Lisboa el que derriba el obstáculo que el Tribunal había identificado en su Dictamen 2/94. Este Tratado introduce el importantísimo artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea que, no sólo provee de la base jurídica autorizando expresamente la adhesión, sino que utiliza un

---

<sup>359</sup> Es relevante apuntar que en las conclusiones de ese Consejo Europeo de 29 de marzo ni se alcanza a mencionar la adhesión de la Unión al Convenio, contrastando con el anterior Consejo Europeo que tuvo lugar en diciembre de 1995 en Madrid, y en cuyas conclusiones podemos leer: “Los derechos humanos forman ya parte de los principios generales de la Unión. Pero a muchos de nosotros nos parece que la Unión debería garantizarlos más claramente mediante su adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”. Las conclusiones de ambos Consejos Europeos pueden consultarse en: <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/> (último acceso: 5 de enero de 2017)

<sup>360</sup> DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme : feuille de route...” *op. cit.* p.3; Según Laurent Schaeck, tanto el Tratado de Amsterdam como el de Niza ignoraron el asunto de la adhesión por la ausencia de acuerdo político al respecto, SCHEECK, L. “Solving Europe’s binary human rights puzzle. The interaction between supranational courts as a parameter of European governance” *Research in Question* nº 15, Centre d’études et de recherches internationales Sciences Politiques, 2005, p. 33. En este sentido, conviene señalar que en el marco de la conferencia intergubernamental que dio lugar al Tratado de Niza, tan sólo el gobierno finlandés había propuesto, el 22 de septiembre de 2000, modificar el artículo 303 del Tratado de la Comunidad, al objeto de crear la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio.

lenguaje que lo convierte en un mandato<sup>361</sup>: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (...)”. No cabe duda de su carácter imperativo<sup>362</sup> si tenemos en cuenta que se emplea el presente de indicativo en varios idiomas (en francés “*L’Union adhère*”, en italiano “*L’Unione aderisce*”, en portugués “*A uniao adere*”). Incluso parte de la doctrina sostiene que no adherirse puede suponer una razón para iniciar una acción judicial por omisión ante el Tribunal de Justicia, a pesar de que el artículo 6.2 no establece plazo alguno para la adhesión<sup>363</sup>. Conviene señalar que el malogrado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>364</sup> (en adelante, “la Constitución”) también preveía la obligación de conducta - aunque no de resultado - respecto de la adhesión en su artículo I-9.2: “La Unión procurará adherirse al Convenio...”.

En definitiva, lo auténticamente novedoso del Tratado de Lisboa en este sentido es que, por un lado, dota de competencia a la Unión para adherirse al CEDH<sup>365</sup> y por otro, se trata no sólo de una facultad, sino de un mandato que contiene una obligación de resultado<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route...” *op. cit.* p.3.

<sup>362</sup> Editorial Comments *Common Market Law Review* 52, pp. 1–16, 2015: “Article 6(2) TEU does not only provide a legal basis for the Union’s accession to the ECHR, but has to be read as an obligation to move in that direction”; Cortés Martín apunta en este sentido: “Lejos de constituir una facultad, la cuestión de la adhesión de la UE al CEDH constituye un mandato claramente establecido en el art. 6 § 2 TUE, el cual parece a priori bastante simple”, CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía...” *op. cit.* p.10; Douglas-Scott señala: “Article 6(2) of the TEU now makes it an obligation for the EU to accede to the ECHR”, DOUGLAS SCOTT, S. “The European Union and Human Rights...” *op. cit.* 2011, p. 660; GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea...” *op. cit.* p.80: “(...) con la reforma operada en Lisboa tal desiderátum pasa a constituir una obligación prevista en un instrumento de Derecho originario...”; GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo”, *La Ley Unión Europea*, nº 25, abril, 2015, pp. 17-50 “...dado el tenor imperativo de la adhesión al Convenio establecida en el art. 6.2 TUE”.

<sup>363</sup> JACQUÉ, J.P. : “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms” *Common Market Law Review* vol. 48, nº 4, August 2011, p.995; DOUGLAS-SCOTT, S. The Relationship between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon in Bernitz, De Vries, Weatherill eds, *Five Years Legally Binding Charter of Fundamental Rights*, Hart, 2015, p.7; PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection”, 18 de diciembre de 2014 <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/12/the-cjeu-and-eu-accession-to-echr.html>

<sup>364</sup> El Tratado se firmó en Roma el 29 de octubre de 2004 y se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004 (DO C 310), pero nunca llegó a entrar en vigor.

<sup>365</sup> Como afirma Callewaert, el Tratado de Lisboa ha dotado de un nuevo ímpetu al proyecto de integrar a la Unión Europea en el CEDH, CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads”, *Journal Européen des droits de l’homme*, 2014, p.496.

<sup>366</sup> Jacobs llama la atención sobre la excentricidad de imponer una obligación de adhesión a la Unión Europea cuando el cumplimiento de la misma no depende solamente de esta organización internacional, sino también de sus Estados miembros y de los Estados partes del Convenio que no son miembros de la Unión Europea. Por esta razón, Jacobs sugiere que habría sido preferible que el artículo 6.2 del TUE hubiese sido redactado en términos más flexibles como “la Unión Europea hará todo lo posible por adherirse...” JACOBS, ‘The Internal Legal Effects of the EU’s International Agreements and the Protection of Individual Rights’, in Arnulf et al. (eds), *A Constitutional Order of States* (Oxford: Hart, 2011) p.152; En cambio,

Junto a este mandato, se introdujeron varias salvaguardias, que cobrarán un papel protagonista en el Dictamen 2/13. En primer lugar, el propio artículo 6.2 del TUE afirma: “Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”<sup>367</sup>. En segundo lugar, la Declaración nº 2 relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea establece: “La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse *de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión*. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio”<sup>368</sup>. En tercer lugar, debemos tener en cuenta el Protocolo nº8 anexo a los Tratados “sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, que establece una serie de precauciones fundamentales en relación al acuerdo de adhesión. Éste deberá estipular que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión<sup>369</sup>, constituyendo este Protocolo, por tanto, un mandato a los negociadores<sup>370</sup>.

#### **1.4.1.2. El procedimiento de adhesión: el artículo 218 del TFUE**

Las directrices del proceso de adhesión están marcadas por el artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, el “TFUE”), que establece el

---

Ricardo Alonso matiza que la redacción actual no impone una orden de alcanzar necesariamente un resultado (la adhesión) sino de intentar llegar al mismo, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p. 3 y 4.

<sup>367</sup> Como explican Lazowski y Wessel: “The Member States had no intention of allowing the accession to the ECHR to serve as a kitchen door vehicle for increasing the powers of the European Union”, LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.186.

<sup>368</sup> Énfasis añadido.

<sup>369</sup> Artículo 1:

“El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo «Convenio Europeo»), contemplada en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a:

- a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo;

- b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.”

<sup>370</sup> CANEDO, J.R. y GORDILLO, L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa” *op. cit.* p.53.

procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales. No obstante, el apartado 8 de ese artículo introduce una excepción respecto al procedimiento habitual. Mientras que la regla general es que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada, esta disposición establece que, para el caso del acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH, deberá pronunciarse por unanimidad<sup>371</sup> - contrastando con la disposición relativa a la adhesión del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa que tan sólo se requería la mayoría cualificada -. En palabras de Canedo y de Gordillo: “se produce en este sentido un retroceso respecto del Tratado constitucional y se reafirma el carácter constitucional de la adhesión al Tratado que el Dictamen 2/94 ya señalara”<sup>372</sup>. Miguel Azpitarte afirma que la exigencia de la unanimidad es muestra del “voltaje político” de este mandato<sup>373</sup>. Benoit-Rohmer señala a este respecto que, si se hubiese requerido solamente la mayoría cualificada para la adhesión de la Unión en el CEDH, habría supuesto tal transferencia de poder que habría hecho ineludible la celebración de un referéndum en algunos Estados miembros para proceder a ratificar el Tratado de Lisboa<sup>374</sup>. En la misma línea, Jacqué afirma que el requisito de la unanimidad fue introducido a petición de Dinamarca que estaba determinada a evitar un referéndum para ratificar el Tratado de Lisboa, y por tanto, no quería dar la impresión a su ciudadanía de que era posible extender los poderes de la Unión por medio de la mayoría cualificada. Este autor considera, sin embargo, que esta precaución no era necesaria, ya que el artículo 6 específicamente establece que la adhesión no amplía los poderes de la Unión<sup>375</sup>. En todo caso, este incremento de las

---

<sup>371</sup> Artículo 218.8 TFUE: “el Consejo se pronunciará (...) *por unanimidad* sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...” (énfasis añadido).

<sup>372</sup> CANEDO, J.R. y GORDILLO, L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa” *op. cit.* p. 54: “Este reforzamiento de las exigencias procedimentales de la adhesión llevada a cabo por los gobiernos de los Estados miembros casa mal con el planteamiento de los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (entre los que estaban todos los de los miembros de la UE) durante la cumbre de Varsovia de mayo de 2005 de acelerar los trabajos necesarios para la adhesión a fin de que ésta se llevase a cabo en el menor tiempo posible. Incluso resulta chocante con el imperativo de adhesión que el propio artículo 6.2 TUE contiene.”

<sup>373</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.52.

<sup>374</sup> BENOIT-ROHMER, F. en M.-L. BEMELMANS-VIDEC, *The accession of the European Union/European Community to the European Convention of Human Rights*, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Doc. 11533, 18 march 2008, p. 19.

<sup>375</sup> JACQUÉ, J. P. “The accession of the European Union to the European Convention...” *op. cit.* p. 996, nota 3: “Denmark was anxious to avoid a referendum to ratify the Lisbon Treaty, and thus did not want to give the impression to its people that it was possible to extend the powers of the Union by a qualified majority. This precaution was not necessary, since Art. 6 specifically states that accession does not extend the powers of the Union.”

exigencias procedimentales de la adhesión por los Estados miembros es difícilmente conciliable con el imperativo que el artículo 6.2 prescribe<sup>376</sup>.

Asimismo, la entrada en vigor del futuro acuerdo estará sujeta a su aprobación por parte del Parlamento Europeo<sup>377</sup>, a la aprobación de todos los Estados miembros con arreglo a sus respectivos ordenamientos constitucionales<sup>378</sup>, así como a la voluntad de la otra organización internacional implicada, el Consejo de Europa y la de sus respectivos 47 Estados miembros. Por todas estas razones, Rafael Marín escribe sobre la adhesión que “se trata de una obligación de resultado peculiar e intrincada”<sup>379</sup> al requerir su procedimiento “un grado de consenso interinstitucional e internacional sin parangón con cualquier otro tratado internacional que la Unión haya previsto concluir antes”<sup>380</sup>. A pesar de que ya se preveía la adhesión como un largo y duro proceso<sup>381</sup>, el Consejo, en el Programa de Estocolmo de diciembre de 2009, justo tras la entrada del Tratado de Lisboa, instaba a que la adhesión se produjera cuanto antes<sup>382</sup>.

---

<sup>376</sup> CANEDO, J.R y GORDILLO, L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa” *op. cit.* p.54

<sup>377</sup> Artículo 218.6:

“El Consejo adoptará, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo.

Con excepción de los acuerdos que se refieran exclusivamente a la política exterior y de seguridad común, el Consejo adoptará la decisión de celebración del acuerdo:

a) previa aprobación del Parlamento Europeo en los casos siguientes:

i) acuerdos de asociación;

ii) acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

iii) acuerdos que creen un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación;

iv) acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias importantes para la Unión;

v) acuerdos que se refieran a ámbitos a los que se aplique el procedimiento legislativo ordinario o, si se requiere la aprobación del Parlamento Europeo, el procedimiento legislativo especial. (...)”

<sup>378</sup> Artículo 218.8 TFUE: “la decisión de celebración de dicho acuerdo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”

<sup>379</sup> MARÍN AIS, R. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, p.234.

<sup>380</sup> MARÍN AIS, R. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma...” *op. cit.* p.237.

<sup>381</sup> Como afirman Canedo y Gordillo: “el proceso de adhesión no es, precisamente, un camino de rosas” en CANEDO J.R. y GORDILLO L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, *op. cit.* p. 54

<sup>382</sup> Consejo de la Unión Europea, “El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, Bruselas, 2 de diciembre de 2009, p.11: “tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la rápida adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos es de importancia crucial”. A pesar de las reiteradas llamadas a que la adhesión se produzca de forma rápida, algunos Estados miembros aún parecen reticentes, como bien apunta Bultrini: “certains Etats membres de l’Union font la sourde oreille aux appels réitérés, y compris au sein de l’Union, en faveur d’une adhésion rapide de la Communauté, voire de l’Union elle-même, à la Convention”, BULTRINI, A. ‘La Responsabilité des Etats Membres de l’Union européenne pour les Violations de la Convention Européenne des Droits de l’homme imputables au Système communautaire’, (2002) 1 Revue Trimestrielle des Droits de l’homme, p. 6.

Por último, conviene señalar el lugar que ocuparía el Convenio y el acuerdo de adhesión en el ordenamiento jurídico de la Unión. En virtud de la denominada doctrina *Haegeman*, los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea se convierten en “parte integrante” de su Derecho<sup>383</sup>. Es una cuestión pacífica que el Convenio pasaría a formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea<sup>384</sup>. Los Estados miembros estarían obligados a respetar el CEDH no sólo en virtud del Derecho internacional público por ser partes contratantes del mismo, sino también frente a la Unión, en el ámbito de aplicación de su ordenamiento, de conformidad con el artículo 216.2 TFUE, que establece “los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”<sup>385</sup>. En cuanto al acuerdo de adhesión, se trataría de un acuerdo mixto *sui generis*<sup>386</sup>. En efecto, se trataría de un acuerdo mixto, porque serían partes contratantes del mismo tanto la Unión Europea como sus Estados miembros y cubriría ámbitos donde ambos son competentes, pero no lo habrían concluido a la vez<sup>387</sup>.

---

<sup>383</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, *Haegeman c. Bélgica*, asunto C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41, apartado 5. Sin embargo, hay que precisar que el hecho de que formen parte integral del ordenamiento jurídico de la Unión no quiere decir que tengan efecto directo automáticamente. Para ello, deben satisfacer las condiciones que el TJUE ha establecido: (i) que la redacción, el objetivo o la naturaleza del acuerdo no excluyan el efecto directo y (ii) que la disposición concreta del acuerdo sea clara, precisa e incondicional (Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, *Demirel v Stadt*, ECLI:EU:C:1987:400, apartado 14). El Convenio cumpliría ambos requisitos, como sostiene Tobias Lock, LOCK, T: “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR”, *Yearbook of European Law*, vol. 31, nº 1, 2012, pp. 162-197, p.190.

<sup>384</sup> Así lo reconoce el propio Tribunal de Justicia en el Dictamen 2/13, tanto en el apartado 180: “como consecuencia de la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligaría, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión” y apartado 204: “como consecuencia de la adhesión, el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión”. También la Abogada General Kokott afirma en sus conclusiones en el procedimiento del Dictamen 2/13, apartado 54: “el CEDH se convertirá en parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión”. Interesa destacar también las palabras de Monica Claes: “accession would make the *ECHR* part of *EU law*, and hence would dress it with all the characteristics of EU law, including direct effect and primacy. All national courts would thus, within the scope of application of EU law, have jurisdiction to review national law in the light of the ECHR through the prism of EU law”, CLAES, M. “Accession or no accession? A national perspective” en IMAMOVIC, S, CLAES, M., and DE WITTE, B. (eds.) *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 2016/3, p.84.

<sup>385</sup> Énfasis añadido.

<sup>386</sup> En palabras de Fernández Tomás, se trataría de un acuerdo mixto *sui generis* “en tanto en cuanto habría sido concluido en dos etapas temporalmente distanciadas, pero tras el cual —y este vuelve a ser el problema— no estaría muy clara la delimitación de las respectivas competencias entre Estados Miembros y Organización”, FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario” *op. cit.* p.715.

<sup>387</sup> Véase un estudio exhaustivo de esta cuestión en LOCK, T: “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR” *op. cit.* p.192 y ss; MARÍN AÍS, R. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma...” *op. cit.* p.250 y ss; Véase una análisis de los efectos jurídicos de los acuerdos mixtos en DELGADO CASTELEIRO, A. *The International Responsibility of the European Union From Competence to Normative Control*, *op. cit.* p.33 y ss.



#### 1.4.2. Perspectiva del Consejo de Europa: el Protocolo nº 14

No debemos perder de vista que no sólo era preciso un cambio legislativo “constitucional” en la Unión Europea, sino también en el seno del Consejo de Europa y más concretamente, en el del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La firma de éste tan sólo estaba abierta a Estados miembros del Consejo de Europa y por tanto, no era posible la adhesión de una organización internacional como es la Unión Europea. Esta reforma llegó de la mano del Protocolo nº 14<sup>388</sup>, que entró en vigor el 1 de junio de 2010<sup>389</sup> e introdujo el párrafo 2 en el artículo 59 del CEDH, estableciendo: “La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio”<sup>390</sup>. No obstante, parece que esta reforma no bastaría, tal y como reconoce el informe explicativo del Protocolo 14 que afirma que es necesario realizar futuras modificaciones al Convenio para hacer posible la adhesión

---

<sup>388</sup> Sobre el Protocolo nº14 véase CAFLISH, L. “Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and beyond” *Human Rights Law Review*, 2006, pp.403-415, CEBADA, A. y NICKEL, R. “El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿Hacia el Protocolo 15?” en *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 2009, pp. 237-274, HIOUREAS, C. G. “Behind the Scenes of Protocol No.14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights”, 24 *Berkeley J. Int’L*. 718 (2006), p. 718-759; MORTE GÓMEZ, C. “El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma” *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 5. 2004 (755-784), QUERALT JIMÉNEZ, A. “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp.487-519.

<sup>389</sup> El Protocolo nº 14 fue adoptado el 13 de mayo de 2004, pero no entró en vigor hasta el 1 de junio de 2010, tras depositar Rusia su instrumento de ratificación, a pesar de que los Estados miembros del Consejo de Europa se habían comprometido a ratificar el nuevo Protocolo antes del mes de mayo de 2006, véase IMBERT, P-H., “Mise en oeuvre des Recommandation du Comité des Ministres sur l’application de la Convention au niveau interne et de la Déclaration ‘Assurer l’efficacité de la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l’Homme aux niveaux national et européen“, *La réforme du système européen des droits de l’homme, Actes du séminaire de haut niveau*, Oslo, 18 octobre 2004, p. 33. Scheeck destaca que Rusia retuvo al proceso de adhesión como rehén durante años, puesto que, al no depositar su instrumento de ratificación hasta 2010, mantuvo bloqueado el proceso: “Notons également une forme de résistance extérieure à cette configuration: le blocage de la ratification du protocole nº 14 de la CEDH par la Russie. Comme ce protocole rend possible l’adhésion de l’Union européenne à la CEDH du point de vue du Conseil de l’Europe, ce processus est indirectement pris en otage par un seul État membre de cette organisation” SCHEECK, L. *op. cit.* p.2. Marín Aís aporta una visión más optimista respecto a la actitud de los Estados miembros del Consejo de Europa en lo referente a la adhesión: “el sustrato político de esta aceptación por todos los Estados miembros del Consejo de Europa de que la Unión pueda adherirse al sistema del CEDH indica que no hay ningún Estado que tenga una objeción fundamental a la misma, ni tan siquiera Rusia que fue el último Estado en ratificar el Protocolo nº14” en MARÍN AÍS, “La participación de la Unión Europea...” *op. cit.* p. 30. Sobre la posición de Rusia frente al Protocolo nº 14 véase REISS, J. “Protocol No. 14 ECHR and Russian Non-Ratification: The Current State of Affairs” 22 *Harvard Human Rights Journal*, 2009.

<sup>390</sup> Concretamente, es el artículo 7 del Protocolo nº14 el que introduce el cambio en el artículo 59 del CEDH. Puede consultarse el Convenio en su versión consolidada, modificada por los Protocolos nº11 y nº14 en el siguiente enlace: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf) (último acceso: 28 de febrero de 2017)

desde el punto de vista legal y técnico<sup>391</sup>. También interesa recordar que la situación de la adhesión de la Unión al Convenio es muy excepcional que se convertiría en Parte en este tratado, pero no pasaría a ser un miembro del Consejo de Europa, como sí lo son en cambio el resto de Partes del Convenio. Respecto a la aprobación del acuerdo de adhesión por la parte del Consejo de Europa, se requeriría que el Comité de Ministros expresara su conformidad por mayoría de dos tercios, en virtud de los artículos 4, 5, 15 y 20 del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949, así como la ratificación de los 47 Estados miembros<sup>392</sup>.

Por otro lado, hay que tener en mente que el Consejo de Europa no había sido ajeno al proyecto de la adhesión durante todo este tiempo, sino que ya se había ido haciendo eco de las intenciones de la Comunidad Europea y se había preocupado por las implicaciones técnico-jurídicas que tal integración podría implicar<sup>393</sup>. El 28 de marzo de 2001 el Comité de Ministros ya había dado instrucciones al Comité Director de Derechos Humanos (el *Comité directeur pour les Droits de l'Homme*, en adelante “CDDH”) para que llevara a cabo un estudio de las cuestiones jurídicas y técnicas que deberían ser abordadas por el Consejo de Europa en caso de una posible adhesión de la Unión al CEDH, así como de los medios posibles para evitar cualquier contradicción entre el ordenamiento jurídico comunitario y el sistema del Convenio<sup>394</sup>. El 28 de junio de 2002, el CDDH presentó el informe, donde dejaba claro que evitaba pronunciarse sobre las cuestiones políticas y la conveniencia o no de la adhesión, para centrarse solamente en los ajustes técnicos y

---

<sup>391</sup> Explanatory report to the Protocol no. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, CETS No. 194, párrafo 101: “Article 59 has been amended in view of possible accession by the European Union to the Convention. A new second paragraph makes provision for this possibility, so as to take into account the developments that have taken place within the European Union, notably in the context of the drafting of a constitutional treaty, with regard to accession to the Convention. *It should be emphasised that further modifications to the Convention will be necessary in order to make such accession possible from a legal and technical point of view.* The CDDH adopted a report identifying those issues in 2002 (document DG-II (2002) 006). This report was transmitted to the Committee of Ministers, which took note of it. The CDDH accepted that those modifications could be brought about either through an amending protocol to the Convention or by means of an accession treaty to be concluded between the European Union, on the one hand, and the States Parties to the Convention, on the other. While the CDDH had expressed a preference for the latter, it was considered advisable not to refer to a possible accession treaty in the current protocol so as to keep all options open for the future” (énfasis añadido)

<sup>392</sup> MARÍN AÍS, R. “La participación de la Unión Europea...” *op. cit.* p. 38

<sup>393</sup> Ya en los años ochenta hay constancia de una resolución adoptada sobre la base de un informe sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el Sr. Blenk y el Sr. Krieps para la Comisión de asuntos jurídicos de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (11 de diciembre de 1980, Doc. 4649), la adopción de la resolución tuvo lugar el 29 de enero de 1981.

<sup>394</sup> Study of technical and legal issues of a posible EC/EU accession to the European Convention on Human Rights, report adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) at its 53rd meeting (25-28 junio de 2002), Strasbourg, 28 June 2002, p. 3

jurídicos que serían necesarios en el contexto del Consejo de Europa para hacer posible la adhesión<sup>395</sup>.

Asimismo, en 2008, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una resolución, apoyando expresamente la adhesión<sup>396</sup>. Conviene destacar varios puntos de este documento: (i) manifiesta su satisfacción por que haya un amplio consenso en este asunto<sup>397</sup>, (ii) la vía jurídica hacia la adhesión ya está establecida, tanto en el Protocolo nº 14 como en el Tratado de Lisboa<sup>398</sup>, (iii) considera que a partir de ese momento la adhesión debe ser la prioridad en el diálogo entre las dos organizaciones<sup>399</sup> (iv) señala los efectos adversos de la no-adhesión para la coherencia de la protección de los derechos humanos en Europa<sup>400</sup> (v) considera que ha llegado el momento de que las declaraciones de intenciones se conviertan en acciones para que la adhesión tenga lugar pronto, enviando un mensaje claro y directo a las instituciones europeas<sup>401</sup> y (vi) insta a los Estados miembros a que actúen rápido para ratificar los instrumentos necesarios para la

---

<sup>395</sup> Martín y Pérez de Nanclares se refiere así a la importancia de este documento: “Y, aunque era obvio que la adhesión exigiría modificaciones añadidas al CEDH, el CDDH había elaborado ya en junio de 2002 un interesante estudio que acotaba con bastante precisión las cuestiones jurídicas y técnicas que el Consejo de Europa debería tratar en el supuesto en que se quisiera llegar a esta adhesión de la UE al CEDH” MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica” *op. cit.* p. 4

<sup>396</sup> Resolución 1610 (2008) sobre la adhesión de la Unión Europea/Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17642&lang=en> (último acceso: 17 de marzo de 2015)

<sup>397</sup> Punto 1 de la Resolución 1610(2008): “The Parliamentary Assembly notes with satisfaction that today there is a broad consensus on the question of the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (ECHR – ETS No. 5).”

<sup>398</sup> Punto 3 de la Resolución 1610(2008): “(...) The legal path to accession is already laid out in Protocol No. 14 to the ECHR and was opened once again by the adoption in December 2007 of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community.”

<sup>399</sup> Punto 4 de la Resolución 1610(2008): “The Assembly considers that henceforth accession must be the priority in the dialogue between the two organisations”

<sup>400</sup> Punto 6 de la Resolución 1610 (2008): “Non-accession has adverse effects on the proper functioning of European justice as it imperils the coherence of the system of human rights safeguards in Europe. As long as the European Union has not acceded to the ECHR:

6.1. there will be divergences in human rights standards both at European level (between European institutions) and between the European Union and its member states;

6.2. the European Union institutions will not come under external judicial supervision where respect for human rights and fundamental freedoms is concerned;

6.3. the coherence of European legal protection will not be fully assured, since the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities might not be appropriately harmonised;

6.4. European citizens will not have direct access to the European Court of Human Rights when they consider that their fundamental rights have been violated by the European Union’s institutions;

6.5. execution of the judgments of the European Court of Human Rights will remain a difficult undertaking in cases involving European Union law.”

<sup>401</sup> Punto 9 de la Resolución 1610 (2008): “The Assembly considers it high time for the declarations of intent to be translated into action by the European Union’s prompt accession to the ECHR.”

adhesión<sup>402</sup>. En suma, es un documento claramente a favor de este proyecto paneuropeo, poniendo de relieve sus ventajas y exhortando tanto a las instituciones de la Unión Europea como a los Estados miembros para que inicien un proceso de negociación.

---

<sup>402</sup> Punto 14 de la Resolución 1610 (2008): “Finally, the Assembly urges the parliaments of all member states to act quickly to ratify the necessary instruments for accession.”

## 1.5. La convergencia de ambos bloques: el proceso de negociación que culminó en el proyecto de instrumentos de adhesión de 2013

Una vez conseguidas las bases jurídicas fundamentales tanto de una parte como de la otra, fue posible comenzar las negociaciones formales con el fin de conseguir un acuerdo adhesión<sup>403</sup>. En nombre de la Unión Europea, el negociador sería la Comisión<sup>404</sup>, cuyo mandato de negociación fue aprobado por el Consejo de Justicia y Asuntos de interior de 4 de junio de 2010<sup>405</sup>. La Comisión había presentado un proyecto de mandato de negociación en marzo de ese mismo año y la Presidencia española del Consejo estableció como objetivo que fuera adoptado por el Consejo antes de que concluyera el semestre presidencial, como así fue finalmente<sup>406</sup>.

Por la parte del Consejo de Europa, su Comité de Ministros dio un mandato de negociación *ad hoc* al CDDH el 26 de mayo de 2010<sup>407</sup>, para que elaborara, junto con la

---

<sup>403</sup> Conviene tener en mente a lo largo de todo este epígrafe las palabras de Salinas de Frías: “No hay que olvidar que en esta negociación participan dos organizaciones internacionales muy diferentes, lo que ha marcado tanto el formato de negociación como el procedimiento seguido, aunque en el fondo los respectivos corazones de ambas organizaciones no estén tan distantes”, SALINAS DE FRÍAS, A. “Una historia de amor y desamor: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea, Jornada de Expertos, Madrid, 21 de octubre de 2011, p.19-32, p.22; Asimismo, interesa destacar las palabras de Juana Goizueta, que califica acertadamente el procedimiento: “Una negociación que está siendo ardua, nada fácil y de complicada materialización y que exige superar, todavía, ciertas asperezas y dificultades, unas de índole político – puesto que será necesario negociar en el seno de la Unión ciertas pautas de actuación o reglas que deberán aplicarse una vez concluido el proceso de adhesión -, y otras de carácter técnico-jurídico” en GOIZUETA VÉRTIZ, J. “La adhesión de la Unión Europea...” *op. cit.* p. 106.

<sup>404</sup> En un principio se planteó asignarle este papel a la Alta Representante de la Unión, debido a las posibles implicaciones de la adhesión para la Política Exterior y de Seguridad Común, pero finalmente se decidió otorgarle este papel a la Comisión. Véase KUIJER “The accession of the European Union to the ECHR...” *op. cit.* p.21

<sup>405</sup> Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizando a la Comisión para que negocie un acuerdo de adhesión al CEDH [Doc. 10817, Ext 2 (27.09.2010)]. Véase también la Recomendación para una Decisión del Consejo autorizando a la Comisión a negociar la adhesión al CEDH [SEC (2010) 305 final/2], de 17 de marzo de 2010.

<sup>406</sup> Para ello llevó a cabo una intensa labor diplomática con varias reuniones a nivel de expertos de asuntos de justicia e interior de los Estados miembros, así como un representante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica” *op. cit.* p.10 En este contexto, en febrero de 2010, se celebró un Seminario sobre la adhesión en Madrid con representantes de la Comisión, del Tribunal de Justicia, del TEDH y la Presidenta de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, como puede verse en la página web del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Presidencia española del Consejo: <https://elsjpresidencia.wordpress.com/2010/02/05/clausura-del-seminario-sobre-la-adhesion-al-convenio-de-roma/> (último acceso: 17 de marzo de 2015).

<sup>407</sup> Mandato de negociación disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working\\_documents/ToR\\_CDDH-UE\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/ToR_CDDH-UE_en.pdf) (último acceso: 23 de junio de 2015).

Unión Europea<sup>408</sup>, el instrumento jurídico necesario para la adhesión<sup>409</sup>. A su vez, el CDDH confió esta tarea a un grupo de trabajo compuesto por expertos de catorce Estados miembros del Consejo de Europa – siete miembros de la Unión Europea<sup>410</sup> y siete no miembros<sup>411</sup> -. No deja de resultar paradójico e incluso incómodo que la Comisión, que representa los intereses de la Unión, tuviera que negociar frente a Estados miembros de ésta<sup>412</sup>. También es cuestionable hasta qué punto los Estados de la Unión que formaban parte de ese grupo de trabajo del Consejo de Europa tenían la obligación de respetar el principio de cooperación leal<sup>413</sup> y de coincidir con la Comisión Europea<sup>414</sup>. Nos preguntamos en qué medida estos Estados han tenido la libertad para negociar con la Unión Europea – de la que también son parte –, cuando el principio de cooperación leal les exige que deben adoptar todas las medidas “apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”, teniendo en cuenta que el artículo 6.2 TUE trata la adhesión como una

---

<sup>408</sup> Como apunta Kuijer, fue más difícil para el Consejo de Europa que para la Unión Europea designar su representante para las negociaciones. La Secretaría de una organización puramente intergubernamental como es el Consejo de Europa no es comparable con la Comisión. El Comité de Ministros es el órgano con más responsabilidad, pero delega el trabajo preparatorio en una serie de comités (*steering committees*). En el ámbito de los derechos humanos, es el CDDH el que se encarga, como ya lo hizo en 2002 redactando el informe sobre las cuestiones técnico-jurídicas que entrañaría la adhesión. Véase KUIJER “The accession of the European Union to the ECHR...” *op. cit.* p. 24

<sup>409</sup> Es importante destacar que, en este mandato, el Comité de Ministros establecía el plazo – optimista, sobre todo, teniendo en cuenta cómo han evolucionado posteriormente los acontecimientos - para alcanzar un acuerdo de adhesión de 30 de junio de 2011, véase la p.1: “The present documents contains ad hoc terms of reference for the CDDH to elaborate, no later than 30 June 2011, in co-operation with representative(s) of the European Union to be appointed by the latter, a legal instrument, or instruments, setting out the modalities of accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, including its participation in the Convention system; and, in this context, to examine any related issue”

<sup>410</sup> Alemania, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Reino Unido y Rumanía.

<sup>411</sup> Albania, Armenia, Croacia – hay que tener en cuenta que hasta julio de 2013, no era Estado miembro de la Unión Europea -, Noruega, Rusia, Suiza y Turquía.

<sup>412</sup> SANZ CABALLERO, S. “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, 2011, pp. 99-128, p.105: “Esta decisión del Consejo de Europa no resulta cómoda para la Comisión Europea, acostumbrada a que en las negociaciones de tratados internacionales no haya representación de los Estados miembros de la UE sino a actuar ella sola en representación de todos. Pero, obviamente, la situación en este caso es diferente, anormal y, hasta cierto punto, curiosa, puesto que esos siete Estados de la UE forman parte del equipo negociador de la contraparte (el Consejo de Europa) y han sido designados por ella para negociar la adhesión, no por la UE (por parte de la UE el negociador es la Comisión y no sus Estados miembros).”

<sup>413</sup> Artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea:

“Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”

<sup>414</sup> MARÍN AÍS, R. “La participación de la Unión Europea...” *op. cit.* p. 40

obligación de resultado. A este respecto, Kuijer califica las negociaciones como “bipolares”, como resultado de la composición de este grupo<sup>415</sup>.

El 7 de julio de 2010 Viviane Reding (vice-presidenta de la Comisión Europea y ex Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía) y Thorbjørn Jagland, (Secretario General del Consejo de Europa) mantuvieron un encuentro en Estrasburgo que marcó el inicio de las negociaciones formales entre ambos bloques<sup>416</sup>. A partir de entonces, se sucedieron ocho reuniones de trabajo<sup>417</sup> entre los 14 Estados miembros del grupo de trabajo y la Comisión Europea, que dieron como fruto un Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de la UE al CEDH en julio de 2011<sup>418</sup>. Este texto encontró reticencias dentro del propio bloque de la Unión Europea, principalmente de Reino Unido, que pretendía subordinar el respaldo a este instrumento de adhesión a la consecución de un acuerdo previo sobre unas normas internas de actuación dentro de la Unión para solucionar algunas cuestiones técnicas que derivarían de la adhesión<sup>419</sup>. En este punto conviene citar las palabras de Martín y Pérez de Nanclares que ofrece una descripción ilustrativa de cómo evolucionaría el procedimiento: “desde ese momento las negociaciones adquirirían una doble perspectiva que concatenaba indefectiblemente las dimensiones exterior e interior de la negociación, es decir, la negociación de los instrumentos jurídicos para lograr la adhesión de la UE al CEDH y la negociación interna dentro de la Unión de las reglas internas que regularán la actuación interna de la Unión una vez materializada la referida adhesión”<sup>420</sup>.

Ante esta situación cercana al bloqueo, el CDDH acordó la reapertura de negociaciones en junio de 2012<sup>421</sup>, esta vez mediante un grupo *ad hoc* (47 + 1), compuesto por los 47

---

<sup>415</sup> KUIJER “The accession of the European Union to the ECHR...” *op. cit* p. 25.

<sup>416</sup> “European Commission and Council of Europe kick off joint talks on EU's accession to the Convention on Human Rights”, press release Council of Europe, 7 July 2010, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=PR545\(2010\)&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=PR545(2010)&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE&direct=true) (último acceso: 5 de enero de 2017).

<sup>417</sup> Como señala Fernández Rozas, en las complejas reuniones de trabajo se tuvieron muy en cuenta las reticencias mostradas por el Tribunal de Justicia con el Dictamen de 1994, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “la compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, La Ley Unión Europea nº23, febrero 2015, p. 47.

<sup>418</sup> Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH-UE (2011) 16, Estrasburgo, 19 de julio de 2011.

<sup>419</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica” *op. cit* p. 5.

<sup>420</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica” *op. cit.* p. 5.

<sup>421</sup> Véase, CDDH, Report from the 75th meeting, 19-22 June 2012, CDDH (2012) R75, Estrasburgo 1 de julio de 2012.



Estados miembros del Consejo de Europa y la Comisión Europea, con la misión de finalizar los instrumentos jurídicos necesarios para la adhesión sobre la base del trabajo del anterior grupo CDDH-UE. Tras cinco reuniones, se puso fin a un segundo período de negociaciones, culminando con un nuevo de proyecto de instrumentos jurídicos adoptado el 5 de abril de 2013 y que comprende: i) un proyecto de acuerdo de adhesión<sup>422</sup> ii) un proyecto de declaración de la Unión Europea iii) un proyecto de norma que debería ser incluida en las reglas del Comité de Ministros relativas a la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos en los asuntos en que sea parte la Unión Europea, conocido como “proyecto de regla 18” (iv) un proyecto de memorándum de entendimiento para que la Unión pueda participar en procedimientos donde los demandados son terceros Estados asociados a determinados sectores del ordenamiento jurídico de la Unión en virtud de acuerdos internacionales específicos y v) un proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> El Proyecto de acuerdo contiene varios tipos de disposiciones. Una primera categoría se refiere a la adhesión propiamente dicha e introduce los mecanismos procedimentales necesarios para hacer posible la adhesión efectiva, que se verán en el Capítulo IV del presente trabajo. Un segundo grupo de disposiciones es de carácter puramente técnico y prevé, las modificaciones del CEDH que son obligadas teniendo en cuenta que fue redactado para aplicarse a los Estados miembros del Consejo de Europa y no a organizaciones internacionales. Por último, se contemplan disposiciones referentes a otros instrumentos vinculados al Convenio así como las cláusulas finales relativas a la entrada en vigor y las notificaciones de las actas de ratificación o de adhesión. Las partes más importantes del proyecto de acuerdo de adhesión irán siendo estudiadas a lo largo del presente trabajo siguiendo la línea de las objeciones expresadas por el Tribunal en el Dictamen 2/13. Para un análisis exhaustivo del proyecto de acuerdo véase: GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, algunas cuestiones sobre el proyecto de acuerdo relativo a la adhesión” *op. cit.*; GRAGL, P. “The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights” *op. cit.*; GRAGL, P. “A giant leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights” *Common Market Law Review*, nº 51, Issue 1, 2014, pp. 13–58; MURPHY, C. “On the Rocky Road to Accession: Final Draft of EU’s Accession Agreement to ECHR Approved”, *European Law Blog*, 12 de abril de 2013, disponible en: <http://europeanlawblog.eu/?p=1680> (último acceso: 14 de marzo de 2017); SÁNCHEZ GUIJARRO, L. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un desafío para Europa todavía pendiente”, *Documentos de Trabajo IELAT*, Nº 86, Mayo 2016

<sup>423</sup> Véanse: i) Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; ii) Draft Declaration by the European Union to be made at the time of signature of the Accession Agreement; iii) Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the European Union is a party; iv) Draft model of Memorandum of Understanding between the European Union and X; v) Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, en Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, Doc. 47 + 1 (2013) 008, documentos disponibles en: [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjH0dHKoLDSAhXEyoMKHextA5QQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ft%2Fdlapil%2Fcahdi%2FSource%2FDocs2013%2F47\\_1\\_2013\\_008rev2\\_EN.pdf&usq=AFQjCNGTx\\_EXPiRSRifmI5ZrI3oTvPmz1Q&bvm=bv.148073327,d.ZGg](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjH0dHKoLDSAhXEyoMKHextA5QQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ft%2Fdlapil%2Fcahdi%2FSource%2FDocs2013%2F47_1_2013_008rev2_EN.pdf&usq=AFQjCNGTx_EXPiRSRifmI5ZrI3oTvPmz1Q&bvm=bv.148073327,d.ZGg) (último acceso: 27 de febrero de 2017)



Conviene señalar las críticas que la Unión Europea ha recibido en cuanto a la falta de transparencia en el proceso. Por ejemplo, la decisión del Consejo autorizando el mandato de negociación a la Comisión fue calificada como confidencial, y por tanto, no sometida a escrutinio parlamentario, lo cual fue objeto de duras críticas en el Reino Unido<sup>424</sup>. Asimismo, el Parlamento Europeo alzó su voz en favor de una mayor transparencia en las negociaciones. De acuerdo con su interpretación del artículo 218.6 del TFUE<sup>425</sup> debería ser informado del desarrollo de las mismas, y así lo manifestó en su solicitud de información en el documento del Consejo nº 12257/10<sup>426</sup>. Cobra especial relevancia en este sentido el caso *Besselink*<sup>427</sup>, iniciado a instancia del académico Leonard Besselink que interpuso, ante el Tribunal de Justicia, un recurso de anulación contra la decisión del Consejo que le denegaba el acceso al documento que contenía el mandato de negociación a la Comisión<sup>428</sup>. El Tribunal, basándose en el artículo 42 de la Carta que consagra el derecho de acceso a los documentos, anuló parcialmente la Decisión del Consejo y ordenó la desclasificación parcial del mandato de negociación. El Tribunal declaró que el Consejo cometió un error de apreciación al denegar el acceso a una de las directrices de negociación que había aprobado, ya que la posición reflejada en ese documento ya había sido comunicada a las partes negociadoras, y por tanto, su revelación no podía hacer peligrar el clima de confianza entre ellas<sup>429</sup>. Asimismo, O'Meara señala el alto nivel de secretismo que rodeó a las (parcialmente clasificadas) directivas de negociación y la

---

<sup>424</sup> Véase el UK Parliamentary Briefing Paper, EU Accession to the European Convention on Human Rights, SN/IA/5914, 22 March 2011, at 11; and oral evidence of Kenneth Clark to European Scrutiny Committee (HC 1492-i) September 2011.

<sup>425</sup> Citado en el pie de página 201. Establece que es necesaria la previa aprobación del Parlamento Europeo para que el Consejo adopte la decisión de celebración del acuerdo en el caso concreto de la adhesión de la Unión al CEDH.

<sup>426</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión...” *op. cit.* p.21.

<sup>427</sup> Sentencia de 12 de septiembre de 2013, *Besselink/Consejo*, T-331/11, ECLI:EU:T:2013:419. Véase ANRÓ, I. *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: l'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Università degli Studi di Milano, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p. 171 y ss.

<sup>428</sup> Los hechos son los siguientes: Leonard Besselink, profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Utrecht (Países Bajos) había pedido acceso, en virtud del Reglamento (EC) No 1049/2001 Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso público a los documentos de la Comisión, del Consejo y del Parlamento Europeo (DO 2001 L 145, p. 43), al documento 9689/10 que contenía el borrador de decisión del Consejo autorizando a la Comisión a negociar el acuerdo de adhesión, así como, en un anexo, las directivas negociadoras que debía cumplir en su calidad de negociadora de la Unión. El Consejo, en una decisión de 1 de abril de 2011, le denegó el acceso a ese documento, en base al artículo 4.1 del mencionado Reglamento, que permite tal negativa para proteger el interés público en las relaciones internacionales. Besselink decidió emprender una acción judicial solicitando la anulación de esa decisión en junio de ese mismo año.

<sup>429</sup> Véase un comentario crítico de esta sentencia de Maarten Hillebrandt en HILLEBRANDT, M. “General Court Orders Partial Disclosure in Access to ECHR Accession Negotiation Documents Case” <http://acelg.blogactiv.eu/2013/09/16/general-court-orders-partial-disclosure-in-access-to-echr-accession-negotiation-documents-case/> (último acceso: 16 de marzo de 2015). Véase también el análisis que realiza Douglas-Scott en DOUGLAS-SCOTT, S. “The Relationship between the EU and the ECHR...” *op. cit.* p.8

restricción para asistir como observador a las reuniones de trabajo – sólo se otorgó estatus de observador al Registro del TEDH y al Comité de asesores jurídicos de Derecho Internacional Público del Consejo de Europa, el *Council of Europe's Committee of Legal Advisers on Public International Law* (CAHDI)<sup>430</sup> -. En el ámbito de la sociedad civil, la ONG Amnistía Internacional manifestó su preocupación sobre que la falta de escrutinio democrático de las negociaciones pudiera dar lugar a cuestionar el procedimiento en su conjunto y producir lagunas en la protección de los derechos humanos<sup>431</sup>. Es curioso que la posición negociadora de la Unión permaneciera tan celosamente guardada contrastando claramente con los esfuerzos de la otra parte negociadora, el Consejo de Europa, de maximizar la transparencia en todo el procedimiento<sup>432</sup>.

Por último, este proceso culminaría, del lado de la Unión Europea, con la petición de dictamen al Tribunal de Justicia para que se pronunciara sobre la compatibilidad del proyecto de adhesión adoptado el 5 de abril de 2013 con los Tratados<sup>433</sup>. Esta solicitud fue presentada por la Comisión Europea el 4 de julio de 2013 ante el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 218.11 TFUE – que corresponde al antiguo artículo 228.6, en base al cual se hizo la solicitud que dio lugar al Dictamen 2/94, analizado en el apartado 2 de este capítulo -, redactada en los siguientes términos: “¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; en lo sucesivo, “CEDH”?”.

La magnitud del proceso de adhesión y la trascendencia que tiene a nivel europeo puede inferirse del hecho de que en este procedimiento presentaron observaciones veinticuatro Estados miembros, así como la Comisión, el Consejo de la Unión Europea y el

---

<sup>430</sup> O'MEARA N., “A more secure Europe of rights? The ECHR, the ECJ and EU accession to the ECHR” (2011) 12 *German Law Journal* p.1813-1832, p.1818.

<sup>431</sup> Amnesty International, Recommendations to the European Union Hungarian Presidency, January-July 2011, disponible en: <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.amnesty.it%2Fflex%2Fcm%2Fpages%2FServeAttachment.php%2FL%2FIT%2FD%2F0%25252Fa%25252Fd%25252FD.18cdfc8ba5add7c829e8%2FP%2FBLOB%253AID%253D4382&ei=190GVZyyOIL1ULzug9AD&usq=AFQjCNHahhrSTA0giltW3sXdzCgH2QU0cA&bvm=bv.88198703,d.d24> (último acceso: 15 de marzo de 2015)

<sup>432</sup> O'MEARA N., “A more secure Europe of rights?...” *op. cit.* p.1818. Para el seguimiento del proceso de adhesión son de especial utilidad los siguientes enlaces del sitio web del Consejo de Europa: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Meeting\\_reports\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Meeting_reports_en.asp) y [http://www.coe.int/t/der/eu\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/der/eu_EN.asp) (último acceso el 16 de junio de 2015).

<sup>433</sup> También se envió al Tribunal como anexos en la solicitud el resto de instrumentos jurídicos adoptados el 5 de abril de 2013: (i) el proyecto de Declaración (ii) el proyecto de regla 18 (iii) el proyecto de memorándum de entendimiento con terceros Estados (iv) el proyecto de informe explicativo.

Parlamento Europeo<sup>434</sup>. Cabe señalar también las importantísimas conclusiones emitidas por la Abogada General Juliane Kokott, que realiza un análisis exhaustivo sobre la compatibilidad del proyecto de adhesión con los Tratados<sup>435</sup>. El 18 de diciembre de 2014, el Tribunal emitió el Dictamen 2/13<sup>436</sup>, que ha marcado, como ya lo hiciera en su día el Dictamen 2/94, un antes y un después en la historia de la adhesión de la Unión al CEDH. El Dictamen 2/13 es un elemento fundamental para comprender los principales problemas que entraña la adhesión, principalmente en relación con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión y con el carácter exclusivo de la jurisdicción del Tribunal de Justicia. Por esta razón, será explicado y analizado en profundidad en la Segunda Parte del presente trabajo.

Para sorpresa de gran parte de la doctrina y de las propias instituciones europeas, el Tribunal determinó que el proyecto de acuerdo de adhesión era incompatible con los Tratados – en contraposición a lo recomendado por la Abogada General Kokott que, a pesar de considerar que ciertos cambios en el proyecto de adhesión eran necesarios, proponía que se considerara compatible -. Esta decisión condujo al proceso de integrar a la Unión en el CEDH en la encrucijada en la que hoy en día se encuentra<sup>437</sup>. Rechazando este borrador de acuerdo, el Tribunal de Justicia ha provocado, por segunda vez en la historia reciente de la Unión, un bloqueo a la adhesión al Convenio<sup>438</sup>.

---

<sup>434</sup> Los Estados que intervinieron en el procedimiento son: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, Irlanda, Italia, Grecia, España, Francia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, los Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y el Reino Unido. No participaron, por tanto, Croacia, Eslovenia, Luxemburgo ni Malta. Sobre la solicitud de dictamen de la Comisión se formularon ante el Tribunal de Justicia en primer lugar observaciones escritas, y los días 5 y 6 de mayo de 2014 se celebró una vista oral. Con la excepción de Bulgaria y Polonia, todas las partes presentaron observaciones orales.

<sup>435</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de junio de 2014, en el procedimiento de Dictamen 2/13, (aunque fueron publicadas el mismo día que el Dictamen 2/13, el 18 de diciembre de 2014).

<sup>436</sup> Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014, sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. ECLI:EU:C:2014:2454

<sup>437</sup> Véase en la propia página del Parlamento Europeo, en el área de justicia y derechos fundamentales, el proyecto de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos aparece clasificado en la categoría de “*derailed*” (descarrilado): <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-completion-of-eu-accession-to-the-echr> (último acceso: 7 de abril de 2017).

<sup>438</sup> MUÑOZ MACHADO, S. “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea...” *op. cit.* p.210

## CAPÍTULO II: FUNDAMENTO JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA ADHESIÓN

### Introducción: los tres argumentos que justifican la adhesión

¿Por qué es necesario que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos? Ésta ha sido la pregunta clave desde que se empezó a concebir la idea de la Unión Europea se convirtiera en Parte en este tratado internacional. Por eso, esta cuestión ha sido protagonista de numerosos estudios doctrinales e informes oficiales de las distintas instituciones europeas. Sin embargo, como señala el Abogado General Francis Jacobs, el resultado de un análisis de las ventajas y de los inconvenientes no está totalmente claro tras décadas de debate sobre la integración de la Unión en el sistema del Convenio<sup>439</sup>.

La situación se vuelve aún más compleja cuando entra en vigor el Tratado de Lisboa e introduce la disposición “tripartita” – el artículo 6 TUE – que establecería tres fuentes de derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión, como explicábamos en el anterior capítulo. Ya en el Memorándum de 1979, la Comisión dejaba patente que los tres modelos de protección de los derechos humanos - el normativo a través de la Carta, el de la adhesión al Convenio y el pretoriano a través del TJUE – lejos de ser excluyentes, son complementarios entre sí<sup>440</sup>. No obstante, sabiendo que las tres vías son compatibles, la cuestión es: si la Unión ya dispone de los otros dos pilares de protección ¿hace falta *además* la adhesión? En efecto, pudiera parecer que el hecho de que la Carta comenzara a ser jurídicamente vinculante<sup>441</sup> (artículo 6.1 TUE) y el hecho de que los derechos

---

<sup>439</sup> JACOBS, F. “The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice: The Impact of European Union Accession to the European Convention on Human Rights” in INGOLF, P., KOKOTT, J. and SAUNDERS, C. *The Future of the European Judicial System in a Comparative perspective*, 2006, p. 294.

<sup>440</sup> Desde entonces, la Comisión Europea ha sostenido esta posición, como se refleja, por ejemplo, en su Comunicación “Sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, Bruselas 13-9-2000, (2000) 559 final, apartado 14: “La Carta ni implica ni impide la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) la existencia de la Carta no aminorará el interés de esta adhesión, que tendría por efecto establecer una tutela externa de los derechos fundamentales en la Unión. Del mismo modo, la adhesión al CEDH en absoluto privaría de interés la elaboración de una Carta de la Unión Europea”.

<sup>441</sup> Véanse, entre otros, los siguientes autores que apoyan la complementariedad entre la obligatoriedad jurídica de la Carta y la adhesión de la Unión al Convenio: CARRILLO SALCEDO, J.A. “Una cuestión pendiente: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.* p.116; CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión

fundamentales estén reconocidos en el ordenamiento de la Unión como principios generales<sup>442</sup> (artículo 6.3 TUE) fueran suficientes para satisfacer las necesidades de protección de estos derechos en la Unión Europea. En esta tesis sostenemos lo contrario. Consideramos que, a pesar de que la Unión ya cuente con un catálogo de derechos jurídicamente vinculante y con el reconocimiento de los derechos fundamentales como principios generales, persisten lagunas en la protección de los derechos fundamentales que no pueden ser colmadas exclusivamente a través de esas dos sendas, como se demostrará a continuación. Por esa razón, este capítulo es una pieza fundamental porque vamos a analizar tres argumentos capitales con el fin de poner de manifiesto que la adhesión es necesaria, *además* de la fuerza jurídica vinculante de la Carta y de los principios generales.

Este análisis se torna aún más pertinente tras el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión, que ha hecho tambalear todo el proceso de adhesión. En efecto, pese a que el Tratado de Lisboa introdujo un mandato a través del artículo 6.2 del TUE y parecía que la discusión sobre la conveniencia o no de este proyecto estaba superada<sup>443</sup>, este pronunciamiento del Tribunal no ha hecho sino reavivar el debate y plantearnos más que nunca si la adhesión es verdaderamente ineludible<sup>444</sup>. Así, procedemos a sistematizar los

---

Europea a la Convención de Roma”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p.52; LENAERTS, C. and de SMIJTER, E. ‘The Charter and the Role of the European Courts’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* nº 8, 2001, p.101 y ss; KRÜGER, H.C. “Reflections concerning accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights” 21 *Penn State International Law Review* 89, 2002, p.93;

<sup>442</sup> Sobre las limitaciones del modelo pretoriano de defensa de los derechos fundamentales, cabe destacar la siguiente afirmación de Miguel Azpitarte: “Se trataba de un reconocimiento incierto, en el que los titulares, hasta la intervención del Tribunal de Justicia, desconocían tanto los derechos que le asistían como el sentido y extensión de su contenido. Por mucho que se haya celebrado la labor pretoriana del Tribunal de Justicia, en verdad, eran los propios individuos quienes identificaban las hipotéticas facultades protegidas y argumentaban su necesidad de garantía, quedando al albur de la correspondiente decisión judicial, que certificaba o negaba la pretensión reivindicada”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios?” *op. cit.* p.46; En el mismo sentido sostiene Hermida del Llano: “comporta que en el ordenamiento comunitario los derechos fundamentales en la práctica no funcionen como derechos subjetivos, puesto que hasta que no se pronuncie el propio TJCE no se considera que existe derecho fundamental alguno”, HERMIDA DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, *op. cit.* p.185;

<sup>443</sup> En este sentido, conviene destacar la afirmación del Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa: “The reasons for accession have not disappeared since the drafting of Article 6 TEU which imposes a legal obligation”, Steering Committee for Human Rights (CDDH), Report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, CM(2015)176-add1final, 7-11 diciembre 2015, apartado 179.

<sup>444</sup> Como señala acertadamente el profesor Azpitarte: “La importancia indiscutida de los derechos fundamentales y el valor histórico que el CEDH ha acrisolado desplazan a un lado la pregunta sobre las razones político-constitucionales que justificarían la adhesión. E incluso podría pensarse que es un interrogante superfluo, una vez que se ha previsto como mandato en el artículo 6.2 de Tratado de la Unión. Sin embargo, volver sobre esta cuestión contextualiza adecuadamente el lugar de los derechos

tres pilares argumentales que ponen de relieve la necesidad de que la Unión se integre en el sistema del CEDH: (i) el control de la actividad de la Unión por parte de un órgano jurisdiccional externo (el Tribunal de Estrasburgo) (ii) una mayor coherencia normativa y jurisdiccional y (iii) dotar a la Unión de una mayor legitimidad jurídica y política.

## 2.1. El sometimiento de la actividad de la Unión Europea a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo

La necesidad de escrutinio de las normas de la Unión por parte de un órgano externo es uno de los argumentos cardinales que históricamente - y en la actualidad - se aducen en favor de la adhesión<sup>445</sup>. Como han expresado varios autores, parece anacrónico que la Unión Europea sea hoy en día el único “espacio jurídico” existente en Europa que no está sometido al control externo del Tribunal de Estrasburgo<sup>446</sup> - habría que exceptuar

---

fundamentales en la autonomía del ordenamiento, así como las soluciones en curso que buscan articular la relación entre el Tribunal de Justicia y el TEDH”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.46.

<sup>445</sup> La necesidad de control externo por parte del Tribunal de Estrasburgo es también un argumento decisivo para contestar a aquellas propuestas de “adhesiones parciales” que se han sugerido tradicionalmente para evitar los inconvenientes de una adhesión *formal*, que es la que defendemos en la presente tesis doctoral. Entre estas propuestas, cabe destacar el establecimiento de una suerte de “recurso prejudicial” del Tribunal de Luxemburgo al Tribunal de Estrasburgo, para cuando aquél tenga dudas sobre si una medida adoptada por una institución es o no conforme con un derecho garantizado por el Convenio. Sobre esta propuesta, véanse BALFOUR, A. “Eliminating Conflicting Interpretations of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights: The PDIQ System as a Preventative Solution” *Intercultural Human Rights Law Review*, 2007, 183, p. 224; CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950 en PELÁEZ MARÓN, J. M. *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992, p. 93; COHEN-JONATHAN, G. C. ‘La problématique de l’adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l’homme’, en TEITGEN, P. H., *Etudes de droit des communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, 1984, p.107; PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, *op. cit.* p.147. Si bien esta propuesta podría solucionar los problemas de divergencias entre las jurisprudencias de ambos tribunales, no permitiría que los particulares accedieran directamente al TEDH cuando vieran afectados sus derechos fundamentales por la actividad de la Unión Europea, lo cual sí sería posible a través de una adhesión completa, como explicaremos a lo largo de este epígrafe.

<sup>446</sup> JACQUÉ, J.P. “L’adhesion de la Communauté Européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: Aspects juridiques et techniques” en ILIOPOULOS, STRANGAS (eds) *Grundrechtsschutz im europäischen Raum. Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1993, p.317: “Elle demeure, dans le cadre d’une Europe démocratique, un îlot dans lequel la question du respect des droits de l’homme est soustraite à tout contrôle externe mis en oeuvre à l’initiative de l’individu.”; KRÜGER, H.C. “Reflections concerning accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights” *Penn State International Law Review* 89, 2002, p. 94: “it seems increasingly anachronistic that the European Union should be the only “legal space” left in Europe which is not subject to external scrutiny by the Strasbourg Court.”; MORANO-FOADI, S. y ANDREADAKIS, S. “A report on the protection on fundamental rights...” *op. cit.* p. 65: “it was rather “oxymoron” for the Union not to be legally bound by the Convention and not to be subjected to the ECtHR’s review, when all its existing and future MSs were committed to act in accordance to the ECHR.”

Bielorrusia y el Vaticano, como únicos Estados europeos que no forman parte del Convenio-. Hay que recordar que todos los Estados miembros de la Unión Europea, sin excepción, son parte del Consejo de Europa y por consiguiente, del CEDH, lo que conlleva su sometimiento a la jurisdicción del TEDH.

Cabe destacar en este aspecto las palabras de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la necesidad de que la Unión se sujete a este control jurisdiccional externo: *“In a democratic society, a system of checks and balances is essential. All member states of the European Union, honouring this democratic principle, have submitted themselves to the external supervision of the European Court of Human Rights under this Convention, without endangering national sovereignty or the principle of subsidiarity. There is no legitimate reason why acts carried out on behalf of the European Union should be exempt from this fundamental external control mechanism, thus in effect withdrawing the protection of the ECHR from persons adversely affected in their fundamental rights and freedoms by Community law”*<sup>447</sup>. En efecto, no podemos encontrar justificación alguna para que, en pleno siglo XXI, un ordenamiento jurídico como el de la Unión Europea, que cada vez está presente en más ámbitos de la regulación de la vida de los ciudadanos europeos, no se encuentre sometido a un control jurisdiccional externo, como sí sucede, en cambio, con los 28 Estados miembros que la integran<sup>448</sup>.

### **2.1.1. Situación actual de incompetencia *ratione personae* del Tribunal de Estrasburgo sobre la actividad de la Unión Europea**

El Tribunal de Estrasburgo actualmente no tiene competencia *ratione personae* sobre los actos de la Unión por el hecho de que ésta no es parte del Convenio. Esta es la razón por la que la Comisión Europea de Derechos Humanos y, posteriormente, el TEDH han declarado inadmisibles varias demandas dirigidas contra la Comunidad o contra la

---

<sup>447</sup> Commission for Legal Affairs and Human Rights of the Council of Europe, Parliamentary Assembly, Report on the Charter of the Fundamental Rights of the European Union, 14th September 2000, CHARTE 4465/00 CONTRIB 319.

<sup>448</sup> Como afirma Ricardo Alonso: “I do not see why there should be differences made between the treatment given to the Union and that given to the Member States, as the former is a community of values based precisely on the values which are the very essence of each of the latter” en ALONSO GARCÍA, R. ‘The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union’, *European Law Journal*, Vol. 8, nº4, December 2002, p. 492-514.



Unión<sup>449</sup>, como en el paradigmático asunto *Confédération Française Démocratique du Travail c. Communautés Européennes* – en el que subsidiariamente, la demanda iba dirigida contra la colectividad de los Estados miembros, así como los Estados miembros individualmente - donde sentó un importantísimo precedente<sup>450</sup>. El hecho de que el TEDH, y en su día la Comisión Europea de Derechos Humanos, se declaren incompetentes *ratione personae* sobre los actos de la Unión tiene como consecuencia que un ciudadano que considere lesionados sus derechos por un acto o una omisión de la Unión no puede interponer una acción judicial contra la misma<sup>451</sup>. Ni siquiera demandar a todos o algunos de los Estados miembros ante el TEDH garantiza la admisibilidad de la acción judicial<sup>452</sup>. Esto da lugar a una situación jurídicamente complicada para todas las partes implicadas: tanto para la Unión – por su falta de legitimación pasiva para defenderse como parte en el proceso<sup>453</sup> y por su ausencia de representación en las

---

<sup>449</sup> SIMON, D. “Des influences reciproques entre CJCE et CEDH...” *op. cit.* p. 39. El CEDH establece en sus artículos 33 y 34 que el Tribunal sólo conocerá de los recursos que se interpongan contra una Alta Parte contratante. No es el caso de la Unión Europea, que no es parte contratante. Asimismo, el artículo 35 del Convenio precisa las condiciones de admisibilidad del TEDH.

<sup>450</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 19 de julio de 1978 sobre la admisibilidad de la demanda en el asunto *Confédération Démocratique Française du Travail c. Communautés Européennes*, solicitud nº 8030/77, fundamento 3º: “Pour autant que la requête est dirigée contre les Communautés européennes en tant que telles, la Commission relève que les Communautés européennes ne sont pas Partie Contractante à la Convention européenne des Droits de l'Homme (l'article 66 de la Convention). Dans cette mesure, l'examen des griefs de l'organisation requérante échappe à la compétence *ratione personae* de la Commission”. Esta posición ha sido confirmada posteriormente en otras decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos como los asuntos: *Dalfino c. Belgique et Communautés européennes*, de 5 de octubre de 1987, solicitud nº 11574/85, *Dufay c. Communautés européennes et subsidiairement les Etats membres des Communautés considérées collectivement et individuellement*, de 19 de enero de 1989, solicitud nº 13539/88, *Garzilli v Member States of the EU*, de 22 de octubre de 1998, solicitud nº 32384/96.

<sup>451</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not accede...” *op. cit.* p. 498: “As matters currently stand, no individual and no undertaking can directly sue the EU before the ECHR on account of actions by the EU institutions or agents. EU Member States can be sued, including for their implementation of EU law, but the EU as such cannot, even when it performs acts very similar to those performed by the Member States, as it does for instance in the field of competition law”

<sup>452</sup> Conviene señalar que la Comisión Europea de Derechos Humanos en su declaración de admisibilidad en el caso *Confédération Démocratique Française du Travail c. Communautés Européennes* estableció que tampoco era admisible la demanda “contra la colectividad de los Estados miembros” (párrafo 4): “*Sur la responsabilité alléguée de la collectivité des Etats membres des Communautés européennes* 4. Pour autant que la requête est dirigée contre «la collectivité des Etats membres», la Commission constate que l'organisation requérante n'a pas défini ce que recouvre pour elle cette notion. Sur ce point, la Commission estime que la requête vise en réalité le Conseil des Communautés européennes. Dès lors, l'examen des griefs de l'organisation requérante échappe, dans cette hypothèse également, à la compétence *ratione personae* de la Commission.”

<sup>453</sup> Esta difícil situación procesal para la Unión Europea derivada de su no pertenencia al CEDH se reconocía ya en las conclusiones de uno de los grupos de trabajo constituidos dentro de la Convención sobre el Futuro de Europa - formada por representantes del Parlamento Europeo, de los parlamentos nacionales, de los representantes de Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros – que dio como fruto el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Véase el Informe Final del Grupo II sobre incorporación de la Carta/adhesión al CEDH, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002, disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/jmonnet/00354es2.pdf> (último acceso: 5 de junio de 2015), p.12 “Deben mencionarse igualmente, a este respecto, los problemas que se derivan de la no participación



instancias de control del Convenio<sup>454</sup> – como para sus Estados miembros – que, en caso de que la demanda sea admitida a trámite, se ven forzados a defender la legalidad de un acto que escapa a su control dado que ha sido adoptado por las instituciones europeas<sup>455</sup> – y para los ciudadanos, que carecen de una vía directa para impugnar los actos de la Unión ante Estrasburgo<sup>456</sup>. La Comisión Europea es bien consciente de esta situación, como reconoce en su Comunicación de 1990: “La Comunidad y sus instituciones (...) gozan de una especie de inmunidad en cuanto a sus actos”<sup>457</sup>. Precisamente, ésta es una anomalía a la que la adhesión pretende poner fin<sup>458</sup>.

---

de la Unión en el sistema judicial de Estrasburgo en los casos en que el Tribunal de Estrasburgo debe pronunciarse indirectamente sobre el Derecho comunitario sin que la Unión pueda defenderse ante dicho Tribunal ni disponga de un juez en el mismo que garantice la experiencia necesaria en el Derecho de la Unión.” La Unión únicamente puede participar en el litigio como *amicus curiae*, siempre previa invitación del Tribunal de Estrasburgo para intervenir como tercero en pro de una buena administración de justicia – como hizo, precisamente, en el asunto *Bosphorus*-. CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía...” *op. cit.* p.7.

<sup>454</sup> Es importante recordar, como señala De Schutter, que en la actualidad la Unión Europea no está representada en los órganos de control del Convenio, situación que cambiará con la adhesión al Convenio: “L’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme permettra de s’assurer que l’Union sera représentée, comme telle, au sein de la Cour européenne des droits de l’homme et du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe qui surveille l’exécution des arrêts de la Cour : cette situation sera plus satisfaisante que la situation qui prévaut actuellement, où la compatibilité des actes de l’Union avec la Convention européenne des droits de l’homme est en fait examinée par la Cour européenne des droits de l’homme, mais de manière indirecte – puisque ce contrôle se fait par la médiation de la responsabilité internationale des Etats membres de l’Union, qui sont tous Parties contractantes à la Convention européenne des droits de l’homme – et sans représentation d’aucune sorte de l’Union dans les instances de contrôle” en DE SCHUTTER, O. ‘L’influence de la Cour européenne des droits de l’homme sur la Cour de justice des Communautés européennes’, (2005) 7 *CRIDHO Working Paper* 14, pp.4-5. También Alston y Weiler se pronuncian sobre la falta de voz de la Comunidad en las instancias de control del CEDH y la consiguiente necesidad de la adhesión para paliar esta situación: “As the Council of Europe grows, as the European Convention on Human Rights adapts and absorbs new Member States and new legal traditions and understandings, it is regrettable that there will be no explicit Community voice within the European Convention on Human Rights. Such a voice would have enabled the sensibilities and experiences of the Community to form an integral part of the evolving jurisprudence and extra-judicial activity of the European Convention system. This, almost as much as any other reason, requires that accession to the European Convention on Human Rights remain a live objective.” ALSTON, P. / WEILER J. H. H. “An ‘Ever Closer Union’...” *op. cit.* p.686.

<sup>455</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía...” *op. cit.* p. 4.

<sup>456</sup> Como señala Hermida del Llano: “resulta paradójico que los motivos de inadmisibilidad desaparezcan cuando el recurso se plantea no directamente contra un acto de las instituciones comunitarias, sino contra las medidas nacionales de ejecución de estos actos”, HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p. 195. En esta misma línea, PI LLORENS, “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p. 144.

<sup>457</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, citada en el pie de página 92, párrafo 1; Gordillo Pérez también afirma que “en ausencia de la adhesión formal por parte de la Unión, ésta gozaría de inmunidad procesal”. GORDILLO PÉREZ L. I., “Un paso más hacia la estabilización...” *op. cit.* p. 182.

<sup>458</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not accede...” *op. cit.* p. 498. El juez del Tribunal de Luxemburgo Allan Rosas llegó a definir la falta de adhesión como “anomalía retrógrada del sistema europeo de derechos fundamentales” en “Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts”, en BAUDENBACHER, C., TRESSELT, P. y ORLYGSSON, T. (eds.) *The EFTA Court. Ten Years On*, Hart Publishing, 2005, p. 175.

Hasta la fecha, Estrasburgo ha realizado un control indirecto para evitar, según sus propias palabras, que mediante la transferencia de competencias, las Altas Partes Contratantes puedan sustraer materias que son objeto del Convenio de las garantías que en el mismo se establecen<sup>459</sup>. En esta línea de jurisprudencia, no desprovista de incertidumbre<sup>460</sup>, se enmarcan casos muy diversos, muchos de ellos emblemáticos, que han marcado un hito en la relación entre el TEDH y la Unión Europea<sup>461</sup>. Estos pueden encuadrarse en cuatro grandes líneas de actuación - en función de la naturaleza del acto normativo y del margen de actuación de los Estados, no de un orden cronológico - que se expondrán a continuación a efectos de sistematizar las intrincadas formas a través de las cuales el Tribunal de Estrasburgo – y su antecesora, la Comisión Europea de Derechos Humanos - han controlado la actividad de la Unión en un contexto pre-adhesión, a pesar de no tener competencia *ratione personae*<sup>462</sup>. Este análisis tiene por objeto demostrar la necesidad de que la Unión Europea sea Parte del Convenio con el fin de que el TEDH realice un

---

<sup>459</sup> Así lo reconoce la propia Comisión Europea de Derechos Humanos en la declaración de inadmisibilidad de 9 de diciembre de 1987 en el caso *Tête contre la France*, solicitud No 11123/84, fundamento 3º: “On ne saurait donc admettre que par le biais de transferts de compétence, les Hautes Parties Contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées”; Cathryn Costello señala las siguientes razones para que el TEDH intervenga en la actividad de la Unión: “For the ECtHR, loss of control over EU action, and more particularly Member State acts based thereon, would create an intolerable gap in legal protection. Over time, it could come to denude the ECHR of relevance, as the scope of EU action increases. Moreover, Strasbourg would cease to be the focal point of human rights jurisprudence.” en COSTELLO, “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe”, *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 87-130, p.88

<sup>460</sup> SIMON, D. “Des influences reciproques...” *op. cit.* p.39. También Garlicki se pronuncia sobre la incertidumbre que rodea la demarcación exacta de los límites del Tribunal de Estrasburgo para controlar los actos de la Unión: “The basic question that has arisen in Strasbourg already, and on more than one occasion, is to what extent the ECtHR is allowed to enter the area of “Community action”. It seems obvious that, as long as the European Union (Community) is not a contracting party to the ECHR, the ECtHR has no jurisdiction in respect to individual applications lodged directly against the Union. Such applications must be found inadmissible *rationes personae* by the Strasbourg court. *But this is where the clarity ends*” (énfasis añadido); GARLICKI, L. “Cooperation of Courts: the role of supranational jurisdictions in Europe”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p.509-530, p. 523.

<sup>461</sup> Tobias Lock habla de la “sofisticada” línea de jurisprudencia sobre la responsabilidad indirecta de la Unión Europea, en la que son finalmente responsables los Estados miembros: “While the EU cannot be held directly responsible before it, the Strasbourg Court has developed a sophisticated set of case-law on the indirect responsibility of the EU, which is accomplished by holding its Member States responsible instead”. LOCK, T: “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR”, *Yearbook of European Law*, vol. 31, nº 1, 2012, pp. 162-197, p. 163.

<sup>462</sup> Sobre esta jurisprudencia del TEDH, interesa destacar las palabras de Cathryn Costello, que afirma: “However, there is no apparent external control mechanism, as the EU is not, as yet, a party to the ECHR. Nonetheless, over time the ECtHR has developed doctrines which allow it to scrutinise some EU action and the actions of Member States when giving effect to EU law. In so doing, the ebb and flow of the jurisprudence reflects a ubiquitous feature of constitutional adjudication (...)” en COSTELLO C. “The Bosphorus ruling...” *op. cit.* p. 88.

auténtico escrutinio directo sobre los actos de esta organización internacional, sin necesidad de recurrir a vericuetos que comprometen la seguridad jurídica.

<b>Tipo de norma controvertida en el litigio</b>	<b>Posibilidad de escrutinio por parte del TEDH</b>	<b>Responsabilidad de la Unión Europea</b>	<b>Responsabilidad de los Estados Miembros</b>	<b>Asuntos</b>
1.Derecho Primario	Sí	No	Sí	<i>Matthews</i> (1999)
2.Derecho Derivado en el que los EEMM no intervienen	No	No	No	<i>Senator Lines</i> (2004)  <i>Connolly</i> (2008)
3.Derecho Derivado en el que los EEMM intervienen pero no tienen margen de apreciación	Sí	No  Doctrina de presunción de protección equivalente	No	<i>M &amp; Co.</i> (1990)  <i>Bosphorus</i> (2005)
4.Derecho Derivado en el que los EEMM intervienen y tienen margen de apreciación	Sí	No	Sí	<i>Procola</i> (1995)  <i>Cantoni</i> (1996)  <i>Michaud</i> (2012)

Tabla nº 2: Situación pre-adhesión: control *indirecto* de la actividad de la Unión Europea por parte del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos (y su antecesora, la Comisión Europea de Derechos Humanos). Elaboración propia.

### 2.1.1.1. Normas de Derecho primario: el caso *Matthews*

En el famosísimo asunto *Matthews*<sup>463</sup>, el TEDH no tenía ante sí una norma jurídica cualquiera, sino una norma de Derecho primario de la Unión Europea, más concretamente, el Acta de 1976 sobre la elección del Parlamento Europeo por sufragio universal directo (en adelante, el “Acta de 1976”)<sup>464</sup>. Los hechos que dieron lugar a esta significativa sentencia son los siguientes: en abril de 1994, la demandante, la Sra. Denis Matthews, solicitó a la Oficina de Registro Electoral de Gibraltar ser registrada como votante en las elecciones al Parlamento Europeo. Su solicitud fue denegada en base al Anexo II del Acta de 1976<sup>465</sup>, dado que éste excluía de su ámbito a territorios fuera de Reino Unido, como es el caso de Gibraltar. La Sra. Matthews demandó a Reino Unido ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, invocando una violación del artículo 3 del Protocolo nº 1 del CEDH<sup>466</sup>, junto con una posible infracción del artículo 14 del Convenio<sup>467</sup>.

En su defensa, el Reino Unido alegó que no tenía responsabilidad alguna sobre el Acta de 1976 - que tenía rango de Tratado - ya que había sido adoptada en el marco de la

---

<sup>463</sup> Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, recurso nº 24833/94. Sobre este fallo del TEDH, véanse, entre otros: DE SCHUTTER, O. / LHOEST, O.: “La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la convention européenne des droits de l'homme”, *CDE*, 2000, pp. 141 y ss. (208); SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)”, *RDCE*, nº 3, nº 5, 1999, pp. 95-108; SANZ CABALLERO, S. “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo; ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Año 8. Núm. 17. Enero-Abril 2004.

<sup>464</sup> Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, que fue firmada por los ministros de asuntos de exteriores de los Estados miembros y adjuntada como anexa a la Decisión del Consejo 76/787 (ECSC, EEC, Euratom), Diario Oficial L278/1, de 20 de septiembre de 1976, disponible en: [http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/eur200406/normas\\_pe/1acta1976.pdf](http://elecciones.mir.es/eleccanteriores/eur200406/normas_pe/1acta1976.pdf) (último acceso: 5 de enero de 2017).

<sup>465</sup> El Anexo II establecía: “El Reino Unido aplicará las disposiciones de la presente Acta únicamente con respecto al Reino Unido”

<sup>466</sup> El artículo 3 del Protocolo nº 1 establece el derecho a elecciones libres: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.”

<sup>467</sup> El artículo 14 del Convenio establece la prohibición de discriminación:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

Comunidad y un Estado no podría haberla revocado o modificado unilateralmente<sup>468</sup>. Por tanto, el Reino Unido consideraba que los actos adoptados por la Comunidad no podían ser imputados a los Estados miembros, conjunta o individualmente, especialmente aquellas normas relativas a las elecciones de un órgano constitucional de la misma Comunidad<sup>469</sup>. Además, subrayó el hecho de que la Comisión de Derechos Humanos hubiese rechazado varias veces someter al escrutinio de Estrasburgo medidas que se encontraban en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión como era este caso, según Reino Unido.

Dando respuesta a las cuestiones alegadas, el Tribunal recordó, como ya hiciera en *Confédération Française Démocratique du Travail*, que los actos de la Unión no pueden ser impugnados ante su jurisdicción porque ésta no es Parte contratante del CEDH<sup>470</sup>. A continuación, y en la misma línea de lo apuntado en la sentencia *Tête contre Francia*<sup>471</sup>, el TEDH afirmaba que el Convenio no impide a los Estado transferir competencias a otras organizaciones internacionales siempre que los derechos establecidos en el Convenio continúen siendo asegurados<sup>472</sup>. Aún más importante es su declaración afirmando que la responsabilidad de los Estados continúa incluso después de que esa transferencia se haya producido<sup>473</sup>. En ese sentido, en respuesta a las alegaciones del Reino Unido relativas a su falta de responsabilidad sobre el Acta de 1976, el Tribunal declaró que ese Estado había asumido libremente el compromiso de ratificar ese instrumento internacional<sup>474</sup>. La

---

<sup>468</sup> Párrafo 26 de la sentencia *Matthews*.

<sup>469</sup> Párrafo 26 de la sentencia *Matthews*.

<sup>470</sup> Párrafo 32 de la sentencia *Matthews*.

<sup>471</sup> Declaración de inadmisibilidad del TEDH 9 de diciembre de 1987 en el caso *Tête contre la France*, recurso n° 11123/84. Recordemos que en el fundamento 3° de esta sentencia, el TEDH justificaba su intervención afirmando que no podía admitir que, mediante la transferencia de competencias, las Altas Partes Contratantes pudieran sustraer materias que son objeto del CEDH de las garantías que en el mismo se establecen.

<sup>472</sup> Párrafo 32 de la sentencia *Matthews*: “The Convention does not exclude the transfer of competences to international organisations provided that Convention rights continue to be “secured”. En esta misma línea, es conveniente citar la sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999 en el asunto *Waite y Kennedy c. Alemania* n° de solicitud 26083/94, publicada el mismo día que *Matthews* y en cuyo párrafo declaraba: “De l’avis de la Cour, lorsque des Etats créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d’activité ou pour renforcer leur coopération, et qu’ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s’en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l’objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d’activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs. La remarque vaut en particulier pour le droit d’accès aux tribunaux, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique (voir, comme exemple récent, l’arrêt Aït-Mouhoub c. France du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, p. 3227, § 52, citant l’arrêt Airey c. Irlande du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 12-13, § 24).”

<sup>473</sup> Párrafo 32 de la sentencia *Matthews*.

<sup>474</sup> Párrafo 33 de la sentencia *Matthews*.

idea clave que subyace es que Reino Unido, como Estado soberano, tenía elección y por tanto, podía haberse negado a firmarlo.

Asimismo, esta Alta Jurisdicción se planteó si el hecho de que se tratara de unas elecciones al Parlamento Europeo afectaba o no a la responsabilidad del Reino Unido<sup>475</sup>, bajo el artículo 1 del Convenio<sup>476</sup>. Para ello, argumentó que es indiscutible que la legislación emanada de la Comunidad Europea afecta a la población de Gibraltar de la misma manera que la normativa doméstica aprobada en el Parlamento británico. En este sentido, no habría diferencia entre la legislación europea y la nacional, y por ello no habría razón por la que el Reino Unido no debería ser obligado a asegurar los derechos del artículo 3 del Protocolo nº 1 de la misma forma que esos derechos deben ser garantizados en la normativa puramente doméstica<sup>477</sup>. Consecuentemente, el Estado ha asumido la obligación de asegurar el derecho a unas elecciones libres y a efectos de su responsabilidad, es irrelevante que se trate de elecciones municipales, nacionales o europeas.

Otro punto importantísimo de la argumentación del Tribunal lo constituye el hecho de que el Acta de 1976<sup>478</sup>, al tratarse de Derecho primario, no podía ser impugnada ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo<sup>479</sup>. En efecto, el TJUE sólo puede examinar la validez del Derecho derivado, esto es, los actos adoptados por las instituciones de la Unión, nunca la del Derecho originario— el cual sólo puede interpretar<sup>480</sup> —. Así, el TEDH estableció

---

<sup>475</sup> Párrafo 31 de la sentencia *Matthews*.

<sup>476</sup> Artículo 1 del Convenio: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

<sup>477</sup> Párrafo 34 de la sentencia *Matthews*.

<sup>478</sup> Sobre la posibilidad de revisar la validez del Acta de 1976, véase CANOR, I. ‘*Primus inter pares*. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?’ *European Law Review* 2000, pp. 3-21. Canor sugiere que *Matthews* es una prueba de la relación vertical entre el TJUE y el TEDH.

<sup>479</sup> Párrafo 33 de la sentencia *Matthews*: “Indeed, the 1976 Act cannot be challenged before the European Court of Justice for the very reason that it is not a “normal” act of the Community, but is a treaty within the Community legal order. The Maastricht Treaty, too, is not an act of the Community, but a treaty by which a revision of the EEC Treaty was brought about.

<sup>480</sup> La Unión Europea no tiene la denominada “*kompetenz-kompetenz*” (competencia de la competencia) para modificar su Derecho Primario, que es su base constitucional. De acuerdo con el principio de atribución de competencias, establecido en el artículo 5.1 del TUE, la Unión sólo puede actuar dentro de los límites de las competencias que le han sido conferidas. *Sensu contrario*, las competencias no atribuidas a la Unión siguen perteneciendo de forma exclusiva a los Estados miembros. Los Tratados constitutivos de la UE sólo pueden ser modificados en virtud del artículo 48 del TUE a través de otro tratado ratificado por todos los Estados miembros, que son en última instancia los “*Masters of the Treaties*” (dueños de los Tratados). Por tanto, la Unión no podría ser declarada responsable por potenciales violaciones del CEDH por los Tratados, ya que no tiene ningún poder sobre ellos, como sí tienen en cambio los Estados miembros. Estos han conferido al Tribunal de Justicia poderes para revisar la validez del Derecho derivado de la Unión, pero en ningún caso, para pronunciarse sobre la validez del Derecho primario. Esto puede comprobarse en dos importantísimas disposiciones del TFUE. El artículo 263.1 del TFUE, que establece el recurso de

que el Reino Unido era responsable *ratione materiae*, al igual que el resto de partes contratantes, de las consecuencias de esa norma<sup>481</sup>. El Tribunal declaró la violación del artículo 3 del Protocolo nº 1<sup>482</sup> por parte del Reino Unido<sup>483</sup> - .

Interesa señalar la crítica de la profesora Douglas-Scott a esta sentencia del TEDH, pues considera injusto que se condene individualmente a un Estado miembro cuando no tenía prácticamente control sobre el Acta de 1976 ni podía revocarla individualmente<sup>484</sup>, debido a las obligaciones del Reino Unido en base al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>485</sup>. Douglas-Scott pone de relieve que si la Unión Europea fuera parte

---

anulación, afirma: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.” De igual forma el artículo 267 del TFUE, relativo a la cuestión prejudicial, establece en su primer párrafo: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la *interpretación* de los Tratados; b) sobre la *validez e interpretación* de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión” (énfasis añadido). Así, este artículo marca clarísimas diferencias entre el Derecho primario, el cual sólo puede interpretar, y el Derecho secundario, que no sólo puede interpretar sino también puede pronunciarse sobre su validez.

<sup>481</sup> Párrafo 33 de la sentencia *Matthews*: “(...) The United Kingdom, together with all the other parties to the Maastricht Treaty, is responsible *ratione materiae* under Article 1 of the Convention and, in particular, under Article 3 of Protocol No. 1, for the consequences of that Treaty”

<sup>482</sup> El TEDH renunció a examinar el caso a la luz del artículo 14 del Convenio, como proponía la Sra. Matthews, véanse los párrafos 66, 67 y 68 de la sentencia.

<sup>483</sup> La violación del artículo 3 del Protocolo nº 1 del Convenio debe ir unida con el Tratado de Maastricht, como bien explica BULTRINI, A. “La responsabilité des États membres...” *op. cit.* p.20: “La violation de l’article 3 du Protocole no 1 à la Convention constatée par la Cour doit toutefois être mise en relation également avec le Traité de Maastricht, dans la mesure où ce dernier a transformé le Parlement européen en un « corps législatif », au sens de la disposition enfreinte”. En este aspecto, véase también: POTTEAU, A. “L’article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention et l’obligation des États membres de l’Union européenne de reconnaître le droit de participer aux élections au Parlement européen” *Revue trimestrielle des Droits de l’homme*, 1999, pp. 877 et ss. Además, Bultrini señala que la conclusión del TEDH en *Matthews* esconde un aviso a los Estados miembros, anunciando una suerte de embrión de responsabilidad colectiva de estos, pudiendo sugerir la posibilidad de una extensión de su responsabilidad a otros campos del Derecho comunitario, cuyo alcance y modalidades aún quedan por definir, BULTRINI, A. “La responsabilité des États membres...” *op. cit.* p.23.

<sup>484</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. ‘Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v Ireland, application No 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005, (2006) 42 EHRR 1” 43 *Common Market Law Review*, 2006, p.251-252: “If the EU were actually a contracting party to the ECHR it would also be fairer, as it seems inequitable to find individual Member States responsible in cases such as *Matthews*, in which the UK had little control over the Community Act and could not revoke it unilaterally, given the UK’s obligations under the provisions of the Vienna Convention”

<sup>485</sup> Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969. Éste fue adoptado el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980. Instrumento de adhesión de España de 2 de mayo de 1972 (BOE núm. 142 de 13-06-1980). Más concretamente, son relevantes en este aspecto los siguientes artículos:

“Artículo 39.

Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes (...)”

Artículo 54.

La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrá tener lugar:

a) Conforme a las disposiciones del tratado; o

del CEDH, situaciones injustas como la de *Matthews* no se producirían. Según esta autora, éste es un caso que demuestra sin fisuras la necesidad de la adhesión<sup>486</sup>.

Es incuestionable que esta sentencia marcó un antes y un después en el escrutinio – siempre indirecto – del Tribunal de Estrasburgo sobre los actos de la Unión, al tratarse del primer fallo en el que el TEDH declaró la responsabilidad de un Estado miembro por no haber velado por que en el marco comunitario no se infringieran los derechos fundamentales<sup>487</sup>. Los asuntos posteriores, que examinaremos a continuación, en los que el TEDH se vio enfrentado con alguna cuestión de Derecho de la UE dieron (parcialmente) respuesta a algunos de los interrogantes que la doctrina se planteaba a raíz de este pronunciamiento.

---

b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

*Artículo 57*

La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada:

a) Conforme a las disposiciones del tratado; o

b) En cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes.”

<sup>486</sup> Van der Berghe también adopta una posición crítica hacia esta sentencia, afirmando que a pesar de que compensa la falta de jurisdicción del TJUE para revisar la validez del Derecho primario, lo hace de una forma insatisfactoria. En la misma línea de Douglas-Scott, Van der Berghe considera que modificar el Acta de 1976 de forma unilateral habría supuesto una vulneración del Tratado y modificar la Decisión 76/787 (a la que el Acta se anexó) habría requerido el consentimiento de todos los Estados miembros: por tanto no es justo culpar individualmente al Reino Unido. Por otro lado, sostiene que *Matthews* tiene consecuencias que van mucho más allá y que pueden revolucionar la relación entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo en dos sentidos: (i) asumiendo que este principio de responsabilidad de los Estados miembros se extienda al Derecho derivado de la UE, el requisito del CEDH de agotamiento de los recursos domésticos sería imposible de cumplir respecto aquellas medidas adoptadas bajo el Segundo y el Tercer Pilar y que no son susceptibles de revisión jurisdiccional por el TJUE y (ii) en esos casos, al igual que en asuntos de Derecho Primario de la UE como el caso *Matthews*, el TEDH actuaría como un tribunal de primera instancia. VAN DER BERGHE, F. “The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?”, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, March 2010, pp. 112–157, pp.122-123. Según Paul Gragl, la naturaleza del Acta de 1976 – el hecho de que no se trate de ninguna norma derivada de la propia Unión Europea – constituye el principal elemento diferenciador del caso *Matthews* de cualquier otro asunto de Derecho de la Unión en que haya intervenido el Tribunal de Estrasburgo. Asimismo, Gragl considera que la verdadera esencia de *Matthews* es que en los ámbitos en los que los Estados miembros retienen algún margen discrecional – por mínimo que éste sea – a la hora de implementar Derecho de la UE, serán responsables por violaciones del Convenio, incluso aunque estas infracciones sean causadas por un acto de la Unión, como veremos más adelante. Gragl observa que hay dos elementos de gran trascendencia en *Matthews*: (i) El TEDH se siente responsable para controlar implícitamente actos jurídicos en relación con el Derecho de la UE, a pesar de que la ésta no sea Parte contratante del CEDH y (ii) el TEDH es capaz de condenar a un Estado miembro en este contexto. GRAGL, P. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.68-69.

<sup>487</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía...” *op. cit.* p. 5.



### 2.1.1.2. Normas de Derecho derivado en que los Estados no intervienen: los casos *Connolly* y *Senator Lines*

En *Matthews* podemos ver de forma cristalina cómo, en ausencia de una competencia *ratione personae* del TEDH sobre la Unión Europea, la responsabilidad recae sobre los Estados. Pero, ¿qué sucede cuando estos ni siquiera intervienen sino que tan sólo actúan las instituciones europeas? ¿Quién es el responsable de esa supuesta violación del CEDH? ¿Contra quién(es) deben interponer su demanda las víctimas?

El asunto paradigmático de este tipo de situaciones es *Connolly*<sup>488</sup>. El Sr. Bernard Connolly era un empleado de la Comisión Europea que había escrito un libro, “*The Rotten Heart of Europe. The dirty war for Europe's money*”, en el que criticaba las instituciones de la Unión y lo había publicado sin la autorización de sus superiores. Como consecuencia de este hecho, fue destituido de su puesto mediante una decisión del Consejo disciplinario de la Comisión. El Sr. Connolly interpuso un recurso de anulación contra esa decisión, que fue declarado inadmisible por el (entonces) Tribunal de Primera instancia, así como posteriormente el recurso interpuesto en apelación ante el Tribunal de Justicia. En esta instancia, el Sr. Connolly solicitó permiso para presentar un escrito respondiendo a las conclusiones del Abogado General. Esta solicitud le fue denegada y el Sr. Connolly decidió demandar a los (entonces) 15 Estados miembros de la Unión ante el TEDH por considerar que esa denegación constituía una violación de los artículos 6 y 13 del CEDH<sup>489</sup>. En efecto, el demandante denunciaba varios incumplimientos de las garantías

---

<sup>488</sup> Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Connolly c. 15 Member States of the European Union*, nº de solicitud 73274/01. Posteriormente, esta línea de jurisprudencia fue confirmada en la decisiones del TEDH de 16 de junio de 2009, *Beygo v. 46 Member States of the Council of Europe*, nº de solicitud 36099/06 y en *Rambus Inc. v. Germany, Appl.*, nº de solicitud 40382/04.

<sup>489</sup> Artículo 6 Derecho a un proceso equitativo

“1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.”

Artículo 13 Derecho a un recurso efectivo

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

de un proceso equitativo, principalmente los principios de contradicción e igualdad de armas, tanto ante los órganos internos de la Comisión Europea como ante el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia. Al invocar el artículo 13, el Sr. Connolly denunciaba que la jurisdicción comunitaria no había aplicado, en el examen de sus agravios, la misma metodología ni los mismos métodos de razonamiento habitualmente utilizados por el Tribunal de Estrasburgo<sup>490</sup>.

El Sr. Connolly consideraba que los 15 Estados miembros de la Unión Europea debían ser considerados responsables conjuntamente de las violaciones del CEDH derivadas de un acto comunitario, en la medida en que la transferencia de competencias a una organización internacional no debería dispensarles de las obligaciones contraídas a través del Convenio<sup>491</sup>. Efectivamente, así lo había manifestado el TEDH en *Matthews*. La gran diferencia con *Connolly* es que en aquél habían intervenido los Estados, aunque fuera de forma mínima, firmando el Acta de 1976, mientras que en este caso tan sólo habían participado las instituciones europeas. Por eso, el TEDH declaró que ningún Estado miembro había intervenido en ningún momento, ni directa ni indirectamente, en el proceso del Sr. Connolly, y por tanto, ninguna acción u omisión por parte de esos Estados podría dar lugar a responsabilidad respecto al CEDH<sup>492</sup>. Según el TEDH, las violaciones alegadas por el demandante no podían ser imputadas a los Estados miembros<sup>493</sup>. Por último, en referencia a una posible responsabilidad de la Unión Europea, el Tribunal reitera su anterior jurisprudencia y recuerda que esta organización internacional no se ha adherido al CEDH y por tanto, no puede ser responsable frente a este<sup>494</sup>. Así, el Tribunal declaró, por unanimidad, que la demanda del Sr. Connolly era inadmisibile.

---

<sup>490</sup> Véase la Decisión del TEDH en el asunto *Connolly* p.5-6.

<sup>491</sup> Decisión del TEDH en *Connolly* p. 6

<sup>492</sup> Decisión del TEDH en *Connolly* p.7: “La Cour note que seuls les organes communautaires, à savoir l’AIPN, le TPICE et la CJCE, ont eu à connaître du contentieux opposant le requérant à la Commission européenne. Elle constate qu’à aucun moment l’un ou l’autre des Etats mis en cause n’est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige, et ne relève en l’espèce aucune action ou omission de ces Etats ou de leurs autorités qui serait de nature à engager leur responsabilité au regard de la Convention. On ne saurait donc dire que le requérant, en l’espèce, relève de la « juridiction » des Etats défendeurs au sens de l’article 1 de la Convention.” (énfasis añadido)

<sup>493</sup> Decisión del TEDH en *Matthews*, p.7.

<sup>494</sup> Decisión del TEDH en *Matthews* p.7: “Quant à une responsabilité éventuelle de l’Union européenne, elle rappelle que cette organisation internationale n’a pas adhéré à la Convention et qu’elle ne peut donc voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci (voir, *mutatis mutandis*, *Boivin c. 34 Etats membres du Conseil de l’Europe*, précitée).”

La necesidad de control externo del Tribunal de Estrasburgo respecto de la actividad de la Unión se hace muy patentes en esta sentencia<sup>495</sup>. *Connolly* es probablemente el caso que mejor ha reflejado la situación de indefensión en la que se encuentran las víctimas de una posible violación de derechos humanos por parte de esta organización internacional, puesto que en aquellos casos en que los Estados no intervienen no hay nadie a quien pueda imputarse esa responsabilidad. Así, Tobias Lock afirma que la adhesión al Convenio colmaría esta laguna en la protección de los derechos humanos, ya que permitiría que un demandante como *Connolly* se dirigiera directamente frente a la Unión Europea en casos como éste<sup>496</sup>.

En esta línea de actuación del TEDH, también es conveniente hacer referencia a otro importantísimo asunto, *Senator Lines*<sup>497</sup>, en el que se alegó la violación del CEDH por normas de Derecho Derivado de la Unión, sin apenas intervención de los Estados miembros. En este caso, varias empresas pesqueras habían sido multadas por la Comisión Europea en 1998 por infringir las normas comunitarias de defensa de la competencia (las sanciones nunca llegaron a pagarse y en 2003 fueron anuladas). En el año 2000, una de esas empresas, *Senator Lines Co.* interpuso una demanda ante el TEDH contra los (entonces) 15 Estados miembros de la Unión, alegando que estos eran responsables individual y colectivamente por los actos de las instituciones europeas. *Senator Lines* consideraba que se había vulnerado su derecho a un proceso equitativo, consagrado en el artículo 6 del CEDH. No obstante, antes de que el TEDH pudiera pronunciarse sobre la admisibilidad de esta demanda, esta Alta Jurisdicción tuvo que cancelar la audiencia prevista dado que, el 30 de septiembre de 2003, tres semanas antes de que aquélla se

---

<sup>495</sup> Tobias Lock afirma: "This gap in the external supervision by the ECtHR became obvious in the case of *Connolly*". LOCK, T.: "Walking on a tightrope: the Draft Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order", *Common Market Law Review* 48, 2011, pp.1025-1054, p. 1027.

<sup>496</sup> LOCK, T.: "Walking on a tightrope..." *op. cit.* p.1028: "Accession by the EU to the ECHR would close this gap in the human rights protection. It would be possible for an applicant such as *Connolly* to hold the EU directly responsible in such cases". Así lo cree también O'Meara: "This anomalous situation would be resolved by EU accession, which would lift the ban on bringing direct challenges against the EU before the ECtHR", en O'MEARA N., "A more secure Europe of rights? ..." *op. cit.* p.1817.

<sup>497</sup> Decisión del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia* nº de solicitud 56672/00. Véase sobre este caso: BURGORGUE-LARSEN, L. "Senator Lines c. les 15 Etats de l'Union européenne, DR, du 10 mars 2004", en RENUCCI, J.F *Chronique de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Recueil Dalloz, nº 35, 7 octobre 2004, pp. 2533-2534; CALONNE, D. "En attendant Senator Lines... Réflexion sur une protection plurielle des droits de l'homme en Europe", *Institut européen de l'Université de Genève*, Publications euryopa, Ginebra, 2003; MARINAS SUÁREZ, D. "Senator Lines contra los quince Estados miembros de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.11, julio-septiembre, 2004, pp. 475-498; KRENC, 'La décision Senator Lines ou l'ajournement d'une Question Délicate', *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme* nº 61, 2005.

celebrara, el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo decidió anular la multa de 273 millones de euros que se había impuesto a *Senator Lines* y otras 15 empresas<sup>498</sup>. Posteriormente, el 10 de marzo de 2004, el TEDH decidió que la demanda era inadmisibles ya que *Senator Lines* no podía alegar ser una víctima de una infracción del CEDH debido a que no había claramente una violación, tras la anulación de la multa<sup>499</sup>.

Por consiguiente, tanto en *Connolly* como en *Senator Lines* había una actuación de las instituciones de la Unión Europea pero no de los Estados miembros. La conclusión del Tribunal fue diferente en uno y otro caso, dado que en este último, al haberse anulado la multa, el TEDH no entró siquiera a decidir cuestiones generales de jurisdicción como la falta de responsabilidad de los Estados, como sí hiciera en *Connolly*. El juez del TEDH, Lech Garlicki, afirma que el caso *Senator Lines* demuestra la falta de voluntad del Tribunal de Estrasburgo de provocar conflictos con los Tribunales de Luxemburgo. En esta sentencia, el TEDH no aportó ninguna clarificación acerca de su ámbito de jurisdicción y según Garlicki, es difícil especular sobre cómo el Tribunal habría lidiado con un caso como éste si la multa no hubiese sido anulada<sup>500</sup>. En esta misma línea, Laurent Schaeck se pregunta si esta anulación de la multa en el último momento por parte del Tribunal de Primera Instancia podría ser un movimiento para evitar que el TEDH fortaleciera su posición sobre la Unión Europea o esto tan sólo fue un efecto secundario inintencionado<sup>501</sup>.

---

<sup>498</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line y otros c. Comisión*, T-191/98, T-212/98 y T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245.

<sup>499</sup> Decisión del TEDH en *Senator Lines* p.12-13: “As events transpired, the fine imposed on the applicant company was neither paid nor enforced, and the applicant company’s challenge to the fine (along with the related challenge by other companies) was not merely heard, but ended with the final quashing of the fine. Accordingly, the facts of the present case were never such as to permit the applicant company to claim to be a victim of a violation of its Convention rights. By the time of the “final decision” in the case – the CFI’s judgment of 30 September 2003 – it was clear that the applicant company could not produce “reasonable and convincing” evidence of the likelihood that a violation affecting it would occur, because on that date it was certain that there was no justification for the applicant company’s fear of the fine being enforced before the CFI hearing. It follows, whatever the merits of the other arguments in the case, that the applicant company cannot claim to be a victim of a violation of the Convention within the meaning of Article 34 of the Convention, and that the application is to be rejected, pursuant to Article 34 and Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.”

<sup>500</sup> GARLICKI, L. “Cooperation of Courts...” *op. cit* 2008 p. 529: “The Senator Lines case demonstrated the unwillingness of the ECtHR to provoke conflicts with the Luxembourg courts. In effect, it did not bring any clarification as to the scope of the jurisdiction of the ECtHR. On the one hand, it may be noted, the Court did not reject the application as incompatible rationes materiae. It would be difficult to speculate how the Court could have dealt with the case had the fine not been quashed”

<sup>501</sup> SCHEECK, L. “Solving Europe’s binary....” *op. cit.* p.23. En este sentido, es interesante apuntar a una serie de entrevistas que este autor realizó a varios jueces del Tribunal de Estrasburgo y a uno del Tribunal de Primera Instancia a propósito de la sentencia *Senator Lines*. Si bien todos los jueces de Estrasburgo respondieron en un tono más diplomático que jurídico, sus respuestas parecían apuntar a un alivio cuando

### 2.1.1.3. Normas de Derecho derivado en que los Estados intervienen sin margen de apreciación: la presunción de protección equivalente y los casos *M & Co* y *Bosphorus*

¿Qué sucede en los casos en que una norma de Derecho derivado de la Unión Europea – en cuya aplicación ha intervenido un Estado miembro – puede haber vulnerado el CEDH? ¿Pueden ser condenados los Estados por esa violación aun no habiendo tenido ningún margen de maniobra para su aplicación? Para dar solución a situaciones como ésta, el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado la doctrina de presunción de protección equivalente, en la línea de lo que en su día estableció el Tribunal Federal Constitucional alemán en la archifamosa saga *Solange*<sup>502</sup>.

*M & Co*<sup>503</sup> fue el primer asunto en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos aplicó la doctrina de protección equivalente<sup>504</sup>. En ese caso, la norma controvertida era un *exequatur* del Ministerio de Justicia alemán que daba ejecución a una sentencia del TJUE que confirmaba una multa impuesta por la Comisión Europea a la empresa *M & Co* por violación de las normas de defensa de la competencia. En esta decisión, la Comisión afirmó, una vez más, como en todos los casos relativos a la actividad de la Comunidad Europea, que no era competente *ratione personae* para examinar procedimientos o decisiones de aquélla, al no ser Parte en el CEDH<sup>505</sup>. Lo más novedoso de esta decisión fue, no obstante, su declaración sobre que una transferencia de poderes no excluía necesariamente la responsabilidad del Estado con respecto al ejercicio de esos

---

conocieron la decisión de Luxemburgo, puesto que de esta forma, no se veían obligados a revisar la actuación de éste ni a poner en peligro las relaciones entre ambos tribunales.

<sup>502</sup> Ricardo Alonso afirma que la teoría de la protección equivalente fue importada directamente de Alemania, en ALONSO GARCÍA, R. ‘The General Provisions...’ *op. cit.* p. 512. Cabe apuntar a la observación que hace Leonard Besselink, al considerar que la presunción de protección equivalente es un “transplante fallido” de un ordenamiento jurídico nacional como el alemán al europeo. Besselink cree que es un error, puesto que no puede compararse la relación entre el CEDH y la UE y la de un Estado miembro como Alemania con la Unión. BESSELINK, L., “The EU and the European Convention of Human Rights...” *op. cit.* p. 305.

<sup>503</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de febrero de 1990, en el asunto *M. & Co. v. Federal Republic of Germany*, nº de solicitud 13258/87.

<sup>504</sup> Gran parte de la doctrina asume que la sentencia *M & Co* está fuertemente influenciada por la sentencia *Solange II*. Véase BULTRINI, A. ‘La Responsabilité des Etats Membres...’ *op. cit.* p.15; DE HERT P. and KORENICA F. “The doctrine of Equivalent Protection: Its Life and legitimacy before and after the European Union’s Accession to the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 13 (2012), nº 7, pp. 874-895, p.879; DOUGLAS-SCOTT, S. “A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights”, *Common Market Law Review*, 43, 2006, p.636; PLATON, S. “The ‘Equivalent Protection Test’: From European Union to United Nations, from *Solange II* to *Solange I*”, *European Constitutional Law Review*, 2014, p.233.

<sup>505</sup> Decisión en el asunto *M & Co* p. 6: “The Commission first recalls that *it is in fact not competent ratione personae* to examine proceedings before or decisions of organs of the European Communities, the latter not being a Party to the European Convention on Human Rights” (énfasis añadido)

poderes transferidos a la luz del Convenio. Por tanto, una transferencia de poderes a una organización internacional no sería incompatible con el CEDH siempre que en esa organización se otorgara una protección equivalente<sup>506</sup>. Además, la Comisión declaró que el sistema jurídico de las Comunidades Europeas no sólo protegía los derechos fundamentales sino que además proveía de un control para su defensa<sup>507</sup>. Por último, la Comisión consideraba que sería contrario a la misma idea de transferir competencias a una organización internacional hacer responsables a los Estados miembros de examinar, antes de emitir una orden de ejecución de una sentencia del TJUE, si el artículo 6 del CEDH ha sido respetado en ese procedimiento<sup>508</sup>. Por esta razón, la Comisión concluyó que la demanda era incompatible *ratione materiae* con el Convenio y por ello, la declaró inadmisibile.

Aunque esta conclusión ha sido duramente criticada por la doctrina<sup>509</sup>, *M & Co* es un caso fundamental ya que “inauguró” la aplicación de la doctrina de la presunción de protección

---

<sup>506</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *M & Co* p. 7: “The Commission considers that a transfer of powers does not necessarily exclude a State's responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers. Otherwise the guarantees of the Convention could wantonly be limited or excluded and thus be deprived of their peremptory character. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (cf. Eur. Court H.R., Soering judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, para. 87). *Therefore the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive an equivalent protection.*” (énfasis añadido)

<sup>507</sup> Decisión en el asunto *M & Co* p. 7: “The Commission notes that the legal system of the European Communities not only secures fundamental rights but also provides for control of their observance”

<sup>508</sup> Decisión en el asunto *M & Co*: “The Commission has also taken into consideration that it would be contrary to the very idea of transferring powers to an international organisation to hold the member States responsible for examining, in each individual case before issuing a writ of execution for a judgment of the European Court of Justice, whether Article 6 (Art. 6) of the Convention was respected in the underlying proceedings”

<sup>509</sup> De Hert y Korenica afirman que este caso muestra que el Tribunal de Estrasburgo está renunciando a parte de su poder para controlar el régimen de los derechos humanos de la Unión, al reconocer que ésta tiene, simple y llanamente, un sistema “equivalente”, DE HERT P. and KORENICA F. “The doctrine of Equivalent Protection...” *op. cit.* p. 880. Bultrini, por su parte, considera que esta decisión es una no-decisión. Afirma que los órganos de control del CEDH han sido instituidos para examinar los casos de vulneración de los derechos fundamentales de forma individual y no para establecer equivalencias de protección teóricas. Bultrini asevera que sólo una razón eminentemente política podría explicar esta exoneración genérica de toda responsabilidad respecto a los actos de las instituciones comunitarias, BULTRINI, A. “La responsabilité des États Membres...” *op. cit.* p. 16. Precisamente esta crítica es una de las razones que se esgrimen en favor de la adhesión. Si la doctrina de la presunción de protección equivalente es una solución insatisfactoria para aquellos casos en que no se puede culpar al Estado porque no tiene margen de maniobra al aplicar el Derecho de la UE ni tampoco a la Unión Europea por la consabida razón de que no es parte en el CEDH, la adhesión vendría a aportar una respuesta a esta situación de impunidad. En un caso como el de *M & Co*, si el Tribunal de Estrasburgo pudiera revisar de forma efectiva que el procedimiento judicial ante el TJUE cumple las exigencias del artículo 6 del CEDH, no haría falta una presunción de que protege de forma equivalente ese derecho.

equivalente por parte del TEDH a la actividad de la Comunidad Europea<sup>510</sup>. Posteriormente, esta presunción fue reiterada y, al mismo tiempo, redefinida en el importantísimo asunto *Bosphorus*<sup>511</sup>. Éste es probablemente el caso más emblemático no sólo en cuanto a la doctrina de la presunción de protección equivalente, sino de manera más genérica en las relaciones entre el Tribunal de Estrasburgo y la Unión Europea y, sin duda alguna, el que ha dado lugar a más ríos de tinta<sup>512</sup>. Según el Profesor Tridimas, es la sentencia que mejor representa, hasta ahora, la posición del ordenamiento jurídico comunitario frente al CEDH y la relación entre el TJUE y el TEDH<sup>513</sup>.

Al igual que en *M & Co*, el Tribunal se encontraba ante una normativa de la Unión Europea en la que el Estado - en este caso concreto Irlanda - no tenía ningún margen de maniobra en su aplicación. En efecto, la norma controvertida en el proceso ante el TEDH era el Reglamento del Consejo nº990/93<sup>514</sup> que implementaba una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre sanciones a la Antigua República de Yugoslavia durante la guerra civil de principios de los años 90<sup>515</sup>. Esta Resolución establecía, entre otras cuestiones, que los Estados debían confiscar todas las aeronaves controladas mayoritariamente por personas o empresas que operaran desde Yugoslavia, cuando aquellas se encontraran en el territorio de los Estados miembros<sup>516</sup>. Dando

---

<sup>510</sup> Para un análisis exhaustivo del desarrollo del test de protección equivalente a la actividad de la Unión Europea por parte de los tribunales franceses y alemanes, véase PLATON “The ‘Equivalent Protection Test’...” *op. cit.*

<sup>511</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2005 en el asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* nº de solicitud 45036/98.

<sup>512</sup> Entre la extensa literatura académica que abordado este asunto, véanse: BENOIT-ROHMER, F. *A propos de l'arrêt Bosphorus Airlines du 30 juin 2005: l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2005, nº64, pp. 827-853; CONSTANTINESCO, V., “C'est comme ci c'était fait? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (grande chambre), Bosphorus airlines, du 30 juin 2005”, *CDE*, vol. 42-2006, nº 3-4, pp. 363-378; COSTELLO, “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe” *op. cit.* ; DOUGLAS-SCOTT, S. ‘Bosphorus Hava Yolları Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland, application No 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005, (2006) 42 EHRR 1” *Common Market Law Review* nº 43, 2006; ECKES, C., “Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community?: The Case of ‘Bosphorus Airways’”, *European Public Law*, vol. 13-2007, nº 1, pp. 47-67; HINAREJOS, A. “Bosphorus v Ireland and the protection of fundamental rights in Europe”, *European Law Review*, 2006, 31(2), 251-259; HOFMEISTER, F. and BODANSKY, D., “Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland ECHR review of national measure enforcing EC regulation implementing UN Security Council decision”, *AJIL*, vol. 100, 2006, nº 2, pp. 442-449; KUHNERT, K. “Bosphorus - Double standards in European human rights protection?” *Utrecht Law Review* p.177-189, 2006.

<sup>513</sup> TRIDIMAS, T. *The General Principles of EU law*, 2<sup>nd</sup> edition, OUP, 2006, p 350.

<sup>514</sup> Reglamento nº 990/93, relativo al comercio entre la Comunidad Europea y el República Federal de Yugoslavia, que entró en vigor el 28 de abril de 1993, una vez publicado en el Diario Oficial de la Unión (L 102/14 (1993))

<sup>515</sup> UNSC Resolution 820 (1993) on sanctions against Yugoslavia during the civil war in the early 1990s.

<sup>516</sup> La Resolución establecía literalmente: “24. Decides that all States shall impound all vessels, freight vehicles, rolling stock and aircraft in their territories in which a majority or controlling interest is held by a

cumplimiento al Reglamento, Irlanda había incautado un avión operado por la aerolínea turca *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, (en adelante, “Bosphorus Airways”). Esta empresa había alquilado la aeronave a la compañía aérea nacional yugoslava Yugoslav Airlines (“JAT”). Bosphorus Airways inició un procedimiento ante las autoridades judiciales irlandesas, llegando al Tribunal Supremo, que, a su vez, elevó una cuestión prejudicial al TJUE. Una vez agotadas todas las vías judiciales, Bosphorus interpuso una demanda contra Irlanda ante el TEDH en marzo de 1997, alegando la violación de su derecho a la propiedad, establecido en el artículo 1 del Protocolo nº 1<sup>517</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo decidió sobre dos cuestiones clave: (i) si Irlanda había actuado con margen de discrecionalidad o no (ii) si la confiscación estaba o no justificada y por tanto, si vulneraba o no el artículo 1 del Protocolo nº 1. Respecto al primer punto, el TEDH consideró que el Estado irlandés no había actuado con discrecionalidad ninguna, sino que tan sólo daba cumplimiento a sus obligaciones legales derivadas del Derecho de la Unión Europea<sup>518</sup>. En relación a la segunda cuestión, el TEDH consideró que era necesario dilucidar si, y en caso afirmativo en qué medida, el interés general de cumplir con las obligaciones de la Comunidad Europea, puede justificar la interferencia en el derecho de la propiedad por parte del Estado irlandés<sup>519</sup>. En este punto, el TEDH recuerda lo establecido en *Matthews* y en *M & Co.* en el sentido de que el CEDH no prohíbe que las Partes contratantes transfieran competencias a una organización internacional<sup>520</sup>. También recuerda que esa organización no es responsable ante el Convenio en tanto en

---

person or undertaking in or operating from the [FRY] and that these vessels, freight vehicles, rolling stock and aircraft may be forfeit to the seizing State upon a determination that they have been in violation of resolutions 713 (1991), 757 (1992), 787 (1992) or the present resolution;” y su artículo 8 disponía: “All vessels, freight vehicles, rolling stock and aircraft in which a majority or controlling interest is held by a person or undertaking in or operating from the [FRY] shall be impounded by the competent authorities of the Member States. Expenses of impounding vessels, freight vehicles, rolling stock and aircraft may be charged to their owners.”

<sup>517</sup> Artículo 1. Protección de la propiedad:

“Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”

<sup>518</sup> Párrafo 148 de la sentencia *Bosphorus*: “The Court finds that the impugned interference was not the result of an exercise of discretion by the Irish authorities, either under EC or Irish law, but rather amounted to compliance by the Irish state with its legal obligations flowing from EC law and, in particular, article 8 of EC Regulation 990/93” (Énfasis añadido).

<sup>519</sup> Párrafo 151 de la sentencia *Bosphorus*.

<sup>520</sup> Párrafo 152 de la sentencia *Bosphorus*.



cuanto no es Parte contratante, pero el Estado sí continúa siendo responsable de sus acciones ya sean por una medida de Derecho doméstico o por la necesidad de cumplir con obligaciones internacionalmente asumidas<sup>521</sup>.

Lo establecido a continuación por el TEDH es crucial en relación a la doctrina de la presunción de protección equivalente: recuerda lo declarado en *M & Co* en el sentido de que la acción del Estado para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales está justificada en tanto en cuanto esa organización internacional<sup>522</sup> proteja los derechos fundamentales de una forma al menos equivalente a la exigida por el Convenio<sup>523</sup>. Por tanto, si esa organización internacional otorga esa protección equivalente<sup>524</sup>, existirá la presunción de que el Estado no ha incumplido las exigencias del Convenio, cuando no haga más que implementar las obligaciones jurídicas derivadas de la pertenencia a aquella organización<sup>525</sup>. Lo auténticamente novedoso de *Bosphorus* es que esa presunción se romperá si se considera que, en un caso determinado, la protección de los derechos del Convenio ha sido “manifiestamente deficiente”<sup>526</sup>. Consecuentemente, el análisis bajo la doctrina de la presunción de protección equivalente tendría dos pasos: (i) uno más genérico de determinar si la organización internacional en el marco de la cual ha actuado el Estado provee una protección equivalente al del CEDH y (ii) uno más específico de comprobar si en el caso *in concreto* esa presunción *iuris tantum* puede ser rebatida al

---

<sup>521</sup> Párrafo 153 de la sentencia *Bosphorus*.

<sup>522</sup> Conviene señalar que la doctrina de la protección equivalente no se aplica de forma privativa a la Unión, sino que ha sido aplicada de forma explícita a otras organizaciones internacionales. Véase, por ejemplo, la Decisión de 9 de octubre de 2012, asunto *Djokaba Lambi Longa / Países Bajos* nº de solicitud 33917/12 respecto a la aplicación al Tribunal Penal Internacional.

<sup>523</sup> Párrafo 155 de la sentencia *Bosphorus*: “In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified *as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights*, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, *in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides* (see *M. & Co.*, cited above, p. 145, an approach with which the parties and the European Commission agreed). (...) However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection.” (Énfasis añadido)

<sup>524</sup> Es importante señalar que el propio TEDH matiza lo que debe entenderse por “equivalente” en el párrafo 155: “By “equivalent” the Court means “comparable”; any requirement that the organisation's protection be “identical” could run counter to the interest of international cooperation pursued (see paragraph 150 above).”

<sup>525</sup> Párrafo 156 de la sentencia *Bosphorus*: “If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.”

<sup>526</sup> Párrafo 156 de la sentencia *Bosphorus*: “However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international cooperation would be outweighed by the Convention's role as a “constitutional instrument of European public order” in the field of human rights (see *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310, pp. 27-28, § 75).”

haberse producido una protección “manifiestamente deficiente”<sup>527</sup>. Y es en este último punto donde se marca una importantísima diferencia entre *Bosphorus* y *Solange*. En el primer caso la presunción puede romperse sobre una base casuística, mientras que en *Solange*, para que esta presunción pueda rebatirse, el Tribunal Constitucional alemán debe llegar a la convicción de la existencia de un defecto estructural en la protección de los derechos fundamentales por parte de la Unión<sup>528</sup>.

El TEDH dedicó prácticamente el resto de su argumentación a analizar si la Comunidad otorga esa protección “equivalente”<sup>529</sup> y tan sólo un párrafo final a determinar si en este caso concreto esa presunción puede ser refutada. Estrasburgo declaró que la protección de los derechos fundamentales por parte de la Comunidad Europea podía ser considerada como “equivalente” y por tanto, se aplica la presunción de que Irlanda no se desvió de los requisitos del CEDH cuando dio cumplimiento a las obligaciones legales derivadas de su pertenencia de la Comunidad<sup>530</sup>. Asimismo, determinó que en el caso concreto la protección de los derechos de la empresa *Bosphorus* por parte de Irlanda no fue “manifiestamente deficiente” de tal forma que la presunción de protección equivalente no es rebatida en este asunto<sup>531</sup>. Así, el TEDH concluyó que no había una violación del artículo 1 del Protocolo nº 1 del CEDH<sup>532</sup>.

Conviene hacer referencia a los dos votos particulares que formularon varios magistrados<sup>533</sup> que, si bien estaban de acuerdo en que no había violación del derecho de propiedad, expresaron su preocupación por la idea de abandonar un examen del cumplimiento del Convenio caso a caso en favor de una revisión abstracta del sistema

---

<sup>527</sup> La presunción ha sido revertida en varias ocasiones. Véanse, por ejemplo; la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud/Francia*, nº 12323/11, que será estudiada posteriormente; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2014, asunto *Dhahbi c. Italia*, nº de solicitud 17120/09; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, asunto *Schipani c. Italia*, nº de solicitud 38369/09.

<sup>528</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”, RDCE, nº 46, septiembre-diciembre 2013, págs. 935-971, p.936.

<sup>529</sup> Párrafos 159 a 165 de la sentencia *Bosphorus*.

<sup>530</sup> Párrafo 165 de la sentencia *Bosphorus*: “In such circumstances, the Court finds that the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, “equivalent” (within the meaning of paragraph 155 above) to that of the Convention system. Consequently, the presumption arises that Ireland did not depart from the requirements of the Convention when it implemented legal obligations flowing from its membership of the European Community (see paragraph 156 above).”

<sup>531</sup> Párrafo 166 de la sentencia *Bosphorus*.

<sup>532</sup> Párrafo 167 de la sentencia *Bosphorus*.

<sup>533</sup> Voto particular de los magistrados Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky and Garlicki, pp. 50 a 53 de la sentencia *Bosphorus* y voto particular del magistrado Ress pp.54 a 57.

general de una organización de si otorga o no una protección equivalente de los derechos humanos<sup>534</sup>. Además, los magistrados pusieron de relieve en sus votos particulares las deficiencias del sistema judicial de la Unión Europea debido al limitado *locus standi* de las personas físicas y jurídicas ante el TJUE<sup>535</sup>. Interesa señalar la declaración con la que el magistrado Ress abre su voto particular, aseverando que la sentencia *Bosphorus* pone de manifiesto lo importante que es para la Unión Europea adherirse al CEDH al objeto de que el mecanismo de control del Convenio sea completo<sup>536</sup>. En este mismo sentido se pronuncian autores como Douglas Scott, que afirma que *Bosphorus* es, al igual que *Matthews*, un caso que muestra la conveniencia de que la Unión Europea se adhiera al Convenio<sup>537</sup>, o Steve Peers, que manifiesta que el conflicto se resolvería con la

---

<sup>534</sup> Véase CRAIG, P. and DE BURCA, G. *EU law – Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2007, p. 381.

<sup>535</sup> Véase el párrafo 3 del voto particular de los magistrados Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky and Garlicki: “...On the other hand, as the judgment itself acknowledges, individuals’ access to the Community court is “limited” (see paragraph 162). Yet, as the Court reiterated in *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* ([GC], nos. 46827/99 and 46951/99, ECHR 2005-I), the right of individual application “is one of the keystones in the machinery for the enforcement of the rights and freedoms set forth in the Convention” (see paragraph 122 of that judgment). Admittedly, judicial protection under Community law is based on a plurality of appeals, among which the reference to the Court of Justice for a preliminary ruling has an important role. However, it remains the case that, despite its value, a reference for a preliminary ruling entails an internal, *a priori* review. It is not of the same nature and does not replace the external, *a posteriori* supervision of the European Court of Human Rights, carried out following an individual application. The right of individual application is one of the basic obligations assumed by the States on ratifying the Convention. It is therefore difficult to accept that they should have been able to reduce the effectiveness of this right for persons within their jurisdiction on the ground that they have transferred certain powers to the European Communities. For the Court to leave to the Community’s judicial system the task of ensuring “equivalent protection”, without retaining a means of verifying on a case-by-case basis that that protection is indeed “equivalent”, would be tantamount to consenting tacitly to substitution, in the field of Community law, of Convention standards by a Community standard which might be inspired by Convention standards but whose equivalence with the latter would no longer be subject to authorised scrutiny.”

Véase también el párrafo 2 del voto particular del magistrado Ress: “...The Court has not addressed the question of whether this limited access is really in accordance with Article 6 § 1 of the Convention and whether the provisions, in particular, of former Article 173 of the EC Treaty should not be interpreted more extensively in the light of Article 6 § 1 of the Convention, a point that was in issue before both the Court of First Instance and the ECJ in *Jégo-Quéré & Cie S.A. v. Commission of the European Communities* (Case T-177/01 [2002] ECR II-2365 (Court of First Instance) and Case C-263/02 P [2004] ECR I-3425 (ECJ)). See also the ECJ’s judgment in *Unión de Pequeños Agricultores v. Council of the European Union* (Case C-50/00 P [2002] ECR I-6677). One should not infer from paragraph 162 of the judgment in the present case that the Court accepts that Article 6 § 1 does not call for a more extensive interpretation.”

<sup>536</sup> Párrafo 1 del voto particular del magistrado Ress: “This judgment demonstrates how important it will be for the European Union to accede to the European Convention of Human Rights in order to make the control mechanism of the Convention complete”

<sup>537</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. “Bosphorus Hava Yollari Turizm...” *op. cit.* p.251: “*Bosphorus* is another case that shows the desirability of EU accession to the ECHR (*Matthews* is certainly one)...”. Sin embargo, según Douglas Scott, hay importantes diferencias entre ambas sentencias en lo relativo a la actitud del TEDH: “*Bosphorus* decisión shows more deferential than *Matthews*, suggestive of a desired relationship of comity, or even cooperation between the Courts, and also perhaps indicating that *Matthews* should be read narrowly – as encompassing only those cases in which no review is available from the ECJ – a reading suggested by commentators such as Lenaerts. These will be rare cases in which there are no alternative remedies. Otherwise the Court of Human Rights will avoid “piercing the corporate veil” of the EU and

adhesión<sup>538</sup>. También en esta línea se posicionan Chalmers, Davies y Monti, declarando que en *Bosphorus* da la impresión de que existiera “un pacto de no agresión” entre ambos tribunales y puede que la integración de la Unión en el sistema del Convenio cambie el razonamiento del TEDH<sup>539</sup>. A este respecto, existe una prolija literatura acerca de si, tras la adhesión, el TEDH debería abandonar, o al menos, redefinir la presunción de protección equivalente – muchas veces denominada directamente “presunción *Bosphorus*”-<sup>540</sup>.

#### **2.1.1.4. Normas de Derecho derivado en que los Estados miembros intervienen con margen de apreciación: los casos *Procola*, *Cantoni* y *Michaud***

En la sentencia *Bosphorus*, el TEDH delimitó qué casos se encontrarían bajo la aplicación de la doctrina de presunción de protección equivalente y cuáles no<sup>541</sup>. Sólo en los supuestos en que los Estados no tuvieran margen de apreciación alguno para aplicar el

---

finding its Member States responsible for violation unless there is no way out. So *Bosphorus* seems a very cautious judgment, despite the long wait for its appearance”

<sup>538</sup> PEERS, S., “Bosphorus, Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law”, *European Constitutional Law Review*, n.º 2, 2006, pp. 443-455, p.451: “At the heart of the *Bosphorus Airways* judgment is an attempt to reach a compromise between two conflicting principles: member states’ freedom to join (and particularly to transfer power to) international organizations, on the one hand, and the need to ensure protection of the rights guaranteed by the ECHR on the other. Of course, *the conflict could alternatively be resolved if the organization in question itself accedes to the ECHR (...)*”. Peers se muestra muy crítico con esta sentencia, p.455: “It must unfortunately be concluded that the *Bosphorus Airways* judgment constitutes a missed opportunity to establish a clear, coherent and *uncompromising* approach to the protection of human rights within the Community legal order” (énfasis añadido)

<sup>539</sup> CHALMERS, D., DAVIS, G. y MONTI, G. *European Union Law: cases and materials*, 2<sup>nd</sup> edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p.261: “One has the feeling almost of a non aggression pact between the two European courts, whereby the Court of Justice will slavishly follow the case law of the European Court of Human Rights, whereas the latter will intervene only in the cases of most grotesque dysfunction. It may be that Union accession to the ECHR will change the reasoning of the European Court of Human Rights”. En este sentido, Costello también apunta a una actitud de no agresión por parte del TEDH dando un paso atrás en el escrutinio de la actividad de la Unión. Si por el contrario, el Tribunal de Estrasburgo hubiese sido demasiado asertivo, la adhesión podría haber sido desprovista de parte de su significado, según esta autora: “In its oral argument as an intervenor in the case, it seems the European Commission argued that accession would be imperilled if the ECtHR asserted jurisdiction to scrutinise ordinary Community acts. The decision in *Bosphorus* at first glance seems to be responsive to this concern, with the ECtHR stepping back from scrutiny of EU action (or, more accurately, national implementation of EU measures). If the ECtHR had been too assertive in the exercise of its review jurisdiction, accession would have been deprived of some of its significance” en COSTELLO, C. “The Bosphorus ruling...” *op. cit.* p. 89.

<sup>540</sup> Cuestión que será analizada posteriormente en este mismo Capítulo en referencia a la interrelación entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo.

<sup>541</sup> Párrafo 157 de la sentencia *Bosphorus*: “It remains the case that a State would be fully responsible under the Convention for all acts falling outside its strict international legal obligations”.

Derecho de la Unión Europea entraría en juego esa presunción<sup>542</sup>. Por tanto, *sensu contrario*, cuando los Estados actúan con un margen apreciable de discrecionalidad, aun tratándose de legislación derivada de la Unión Europea, no se aplicaría esa doctrina “automática”. Consecuentemente, el TEDH entraría a realizar un escrutinio del caso concreto y los Estados serían plenamente responsables a efectos del artículo 1 del Convenio<sup>543</sup>.

Sin embargo, esta distinción entre los casos en que los Estados disponen de margen de discrecionalidad y aquellos en los que se limitan a ejecutar el Derecho Comunitario no es una novedad de *Bosphorus*, sino que es bastante anterior a esta sentencia. Dos casos son paradigmáticos en este aspecto: *Procola*<sup>544</sup> y *Cantoni*<sup>545</sup>, asuntos en los cuales el Tribunal de Estrasburgo marcó un punto de inflexión en su relación con la Unión Europea, según Paul Gragl<sup>546</sup>. En el primer caso, el objeto de escrutinio por parte del TEDH eran una serie de normas luxemburguesas, adoptadas en aplicación de dos reglamentos comunitarios sobre las cuotas de leche - los Reglamentos del Consejo (CEE) nº 856/84 y 857/84 – que, según el demandante, violaban el artículo 6 del Convenio. El motivo de la presunta vulneración era que el órgano nacional competente, el *Comité du contentieux du Conseil d’État*, para conocer de los recursos contra los actos de aplicación de los dos Reglamentos no eran tribunales independientes e imparciales. La Alta Jurisdicción de Estrasburgo consideró que se había violado el CEDH, dado que el *Comité du contentieux* luxemburgués no reunía las características que el artículo 6 del mismo exige a los “tribunales”. Así que la ejecución de los Reglamentos de la Unión era, como reclamaba el demandante, contraria al Convenio.

---

<sup>542</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos...” *op. cit.* p.937: “En efecto, esta presunción sólo se aplica en los supuestos en que los Estados miembros se limitan a cumplir sin discrecionalidad sus obligaciones comunitarias”.

<sup>543</sup> Como explica Muñoz Machado: “En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se autolimita a declarar vulneraciones de derechos protegidos en el Convenio, cuando los Estados aplican derecho comunitario contando con un margen apreciable de discrecionalidad o cuando las instituciones de la Unión Europea dispensan garantías a los derechos «manifiestamente deficientes». En los demás casos, aplica la doctrina de la protección equivalente para conformarse con los criterios de valoración utilizados por el Tribunal de la Unión” en MUÑOZ MACHADO, S. “Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea” *op. cit.* p.21.

<sup>544</sup> Sentencia del TEDH 28 de septiembre de 1995 en el asunto *Procola c. Luxemburgo* nº de solicitud 14570/89.

<sup>545</sup> Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996 en el asunto *Cantoni c. Francia* nº de solicitud 17862/91.

<sup>546</sup> GRAGL, P. *The accession of the European Union...* *op. cit.* p.67.

En *Cantoni*, se planteaba la responsabilidad de Francia en la incorporación a su ordenamiento de una Directiva comunitaria sobre la definición de los medicamentos<sup>547</sup>. El Sr. Cantoni, encargado de un supermercado, había sido perseguido penalmente en Francia por vender productos de parafarmacia. Cantoni acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos, alegando una vulneración del artículo 7.1 del Convenio<sup>548</sup>, dado que el delito que aparecía en el ordenamiento jurídico francés que transponía la Directiva no era suficientemente previsible. Lo determinante en este caso es que la interpretación que había realizado el TJUE de esa Directiva otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros para que decidieran qué debía entenderse por medicamento. Por ello, a pesar de que el Código francés de salud pública reprodujera literalmente, palabra a palabra, lo previsto en la Directiva, el TEDH entendió que los hechos no se sustraían al imperio del Convenio<sup>549</sup>. Por tanto, la sentencia *Cantoni* es muy ilustrativa del hecho de que lo decisivo para el TEDH a efectos de determinar la responsabilidad del Estado es que éste disponga o no de margen de apreciación al ejecutar a sus obligaciones comunitarias.

Tras *Bosphorus*, hay una sentencia especialmente relevante en la que se pone de manifiesto, una vez más, la importancia del margen de apreciación: el caso *Michaud contra Francia*<sup>550</sup>. Este asunto es paradigmático porque – al igual que hiciera en otro importantísimo caso *M.S.S.*<sup>551</sup> – el TEDH consideró que la protección otorgada no era equivalente al del sistema del Convenio. En este caso, Francia había incorporado a su

---

<sup>547</sup> Directiva 65/65 de 26 enero de 1965 del Consejo, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L. 369 el 9 de febrero de 1965.

<sup>548</sup> Artículo 7 No hay pena sin ley

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.”

<sup>549</sup> Párrafo 30 de la sentencia *Cantoni*: “La circonstance, rappelée par le Gouvernement, que l’article L. 511 du code de la santé publique s’inspire presque mot pour mot de la directive communautaire 65/65 (paragraphe 12 ci-dessus) ne le soustrait pas à l’empire de l’article 7 de la Convention (art. 7).”

<sup>550</sup> Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud/Francia*, solicitud nº 12323/11. Sobre este fallo pueden verse, entre otros: FRICERO, N., “L’obligation de déclaration de soupçon est confirmé à l’article 8 de la Convention: CEDH, 5e sect., 6 déc. 2012, nº 12323/11, Michaud c. France”, *Procédures, Revue mensuelle du JurisClasseur*, vol. 19 (2013), nº 2, pp. 15-16; GRISAY, D., “Arrêt Michaud: la Cour européenne des droits de l’homme comme bouée de sauvetage de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne?: observations”, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, vol. 125 (2013), nº 13, pp. 733-743; PICHERAL, C., “Compatibilité avec le droit au secret professionnel des avocats de leur obligation de déclaration en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux: CEDH, 6 déc. 2012, nº 12323/11, Michaud c. France”, *La Semaine juridique: édition générale (JCP)*, vol. 86(2012), nº 52, pp. 2368 y ss.; SCHMAUCH, M., “Case-law from Strasbourg 2011: The End of the Bosphorus Presumption”, *European Law Reporter*, 2012, nº 9, pp. 252-256.

<sup>551</sup> Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, solicitud nº 30696/09.

ordenamiento jurídico una serie de directivas destinadas a luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo<sup>552</sup>. De conformidad con esta normativa comunitaria, los Estados miembros deben obligar a los profesionales liberales como notarios, abogados, auditores, contables o entidades de crédito a informar a las unidades de información financiera si tienen la sospecha de que sus clientes llevan a cabo estas actividades. En ejecución de la norma francesa que incorporaba de estas directivas, el Consejo francés de colegios de abogados, *le Conseil national des barreaux*, adoptó una decisión interna<sup>553</sup> que preveía sanciones disciplinarias, e incluso la inhabilitación, para los abogados que incumplieran con esa obligación de informar ante una sospecha.

El demandante, Patrick Michaud, interpuso un recurso ante el Consejo de Estado, considerando que la Decisión infringía la libertad de los abogados de ejercer su profesión y las normas esenciales que regulan el ejercicio de la misma, solicitando la anulación de la normativa en cuestión. Alegaba en concreto la vulneración de dos disposiciones del CEDH: el artículo 7 - porque el término “sospechas” no había sido definido, y por tanto, incumplía el requisito de seguridad jurídica inherente a esa norma – y el artículo 8<sup>554</sup> – porque la “obligación de notificar sospechas” ponía en peligro los privilegios profesionales y el secreto profesional que debe prevalecer en los intercambios abogado-cliente -. En el marco de este procedimiento, el Sr. Michaud solicitó al Consejo de Estado que planteara una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de la declaración de

---

<sup>552</sup> Se trataba de tres Directivas sucesivas: La primera Directiva 91/308/EEC de 10 de junio de 1991, estaba dirigida a las instituciones financieras. Fue modificada por la Directiva 2001/97/EC de 4 de diciembre de 2001, que, entre otras cosas, amplió su ámbito de aplicación para incluir profesiones fuera del sector financiero, como los profesionales liberales en materia jurídica. La tercera Directiva 2005/60 EC de 26 de octubre de 2005 derogó la Directiva de 2001. La ley que transponía esta Directiva – Ley n° 2004-130 de 11 de febrero de 2004 en el caso de la Directiva de 10 de junio de 1991, tal y como fue modificada por la Directiva de 4 de diciembre de 2001 – y los reglamentos que implementan esa ley – Decreto n° 2006-736 de 26 de junio de 2006 – han sido incorporadas en el Código de Derecho Monetario y Financiero francés.

<sup>553</sup> Véase el párrafo 11 de la sentencia *Michaud*: “El 12 de julio de 2007 el Consejo Nacional de la Abogacía tomó una “decisión mediante la cual se adoptaban normas sobre procedimientos internos para cumplir con la obligación de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y un mecanismo de supervisión interno para garantizar el cumplimiento de tales procedimientos” (publicado en el Boletín Oficial del 9 de agosto de 2007)”

<sup>554</sup> Artículo 8 del Convenio. Derecho al respeto a la vida privada y familiar

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

sospecha con los derechos fundamentales, pero fue rechazada. Ante esta negativa, el Sr. Michaud interpuso un recurso ante la Alta Jurisdicción de Estrasburgo.

En el procedimiento ante el TEDH, el Gobierno francés alegaba que la presunción de protección equivalente era aplicable a este caso<sup>555</sup>. El Tribunal recordó los objetivos de tal presunción<sup>556</sup>, así como lo afirmado en su jurisprudencia al respecto<sup>557</sup>, distinguiendo el asunto *Michaud* del caso *Bosphorus* por dos motivos principales: (i) En éste se trataba de un Reglamento, y por tanto Irlanda no disponía de ningún margen de maniobra para su aplicación, mientras que en *Michaud* se trataba de unas Directivas las cuales permiten a los Estados miembros elegir los medios para alcanzar el objetivo<sup>558</sup> y (ii) En *Bosphorus*, el Tribunal Supremo irlandés elevó una cuestión prejudicial al TJUE, al contrario que el Consejo de Estado francés que se negó a hacerlo<sup>559</sup>. El Tribunal alcanzó la conclusión de que la presunción de protección equivalente no podía aplicarse en el caso *Michaud* “debido a la decisión del Consejo de Estado de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, aunque este último Tribunal nunca hubiera examinado los derechos del Convenio en cuestión, el Consejo de Estado resolvió el litigio sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales - en principio equivalente a la establecida por el

---

<sup>555</sup> Véanse los párrafos 72 y 73 de la sentencia *Michaud*.

<sup>556</sup> *Ibid.* Párrafo 104: “Esta presunción de protección equivalente intenta, en particular, asegurar que un Estado parte no se encuentre frente a un dilema cuando esté obligado a basarse en las obligaciones que le incumben como resultado de su pertenencia a una organización internacional que no sea parte al Convenio y a la que ha transferido parte de su soberanía, para justificar a la luz del Convenio ciertas acciones u omisiones que surgen de tal pertenencia. También sirve para determinar en qué casos el Tribunal puede, en interés de la cooperación internacional, reducir la intensidad de su función supervisora, tal y como dimana del artículo 19 del Convenio, con respecto al cumplimiento por los Estados parte de sus compromisos resultantes del Convenio. Se deduce de estos objetivos que el Tribunal aceptará tal planteamiento sólo cuando los derechos y garantías que protege sean objeto de una protección comparable a aquella que ofrece el propio Tribunal. A defecto de esto, el Estado escaparía de toda revisión internacional de la compatibilidad de sus acciones con las obligaciones resultantes del Convenio.”

<sup>557</sup> *Ibid.* párrafos 102-111.

<sup>558</sup> *Ibid.* párrafo 113. Es muy importante señalar aquí la reflexión del profesor Cortés Martín en el sentido de que la diferenciación entre reglamento y directiva no es concluyente respecto al margen de discrecionalidad con el que cuentan los Estados. En efecto, este autor pone como ejemplo el caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, nº 30696/09, donde, a pesar de tratarse de un reglamento, el TEDH consideró que las autoridades belgas gozaban de discrecionalidad. Interesa destacar las palabras de Cortés Martín: “no creemos que sea el instrumento jurídico el dato definitivo, sino la concreta disposición de ese instrumento la que va a determinar si existe o no margen de discrecionalidad para el Estado miembro; puesto que a pesar de sus notables diferencias, a veces los Estados miembros carecen de margen real en la implementación de una directiva, mientras que pueden gozar de discrecionalidad a la hora de ejecutar un reglamento” CORTÉS MARTÍN, J. M., “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, pp. 819-858, pp.835-836.

<sup>559</sup> *Ibid.* párrafo 114.



Convenio”<sup>560</sup>. Ésta fue la razón más importante por la que el TEDH concluyó no aplicar la presunción a este caso y sin embargo, no deja de ser sorprendente que ni siquiera evocara una condena a Francia por violación del artículo 6 del CEDH – que consagra el derecho a un proceso equitativo –, como señala acertadamente Cortés Martín<sup>561</sup>. Al contrario, procedió a examinar *in concreto* si la injerencia sobre el artículo 8 del Convenio era necesaria, concluyendo que no constituía un ataque desproporcionado al secreto profesional de los abogados teniendo en cuenta el fin legítimo perseguido y que, por consiguiente, no había vulneración del artículo 8 del Convenio<sup>562</sup>.

Pese a esta conclusión del Tribunal, lo relevante de *Michaud* es que se pone de manifiesto la trascendencia del margen de maniobra de los Estados miembros al determinar la responsabilidad de estos cuando actúan para dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales. A pesar de las alegaciones del Gobierno francés afirmando que debía aplicarse la presunción de protección equivalente, el TEDH puso de relieve la importancia de que Francia tuviese margen de apreciación al transponer las Directivas a efectos de rebatir la presunción. Asimismo, fue decisivo el hecho de que el Consejo de Estado no elevara la cuestión prejudicial al TJUE, manifestando el déficit de la garantía procesal y la relevancia para la aplicación de la doctrina de la presunción de protección equivalente de que “el mecanismo internacional pertinente de control del respeto de los Derechos fundamentales, en principio equivalente al CEDH, desplegara íntegramente sus potencialidades”<sup>563</sup>. Consecuentemente, *Michaud* es un buen ejemplo de aquellos casos en que los Estados miembros deben responder ante el Tribunal de Estrasburgo por ejecutar las obligaciones asumidas por su pertenencia a la Unión Europea, aunque finalmente no se declarara la violación del Convenio. Asimismo, cuando el Tribunal de Estrasburgo se ha visto ante la necesidad de analizar si era de aplicación la presunción de protección equivalente en casos posteriores, se ha remitido a las condiciones establecidas en *Michaud*<sup>564</sup>.

---

<sup>560</sup> *Ibid* párrafo 115.

<sup>561</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos...” *op. cit.* p.948.

<sup>562</sup> Véanse los párrafos 116-132 de la sentencia *Michaud*.

<sup>563</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos...” *op. cit.* p.948.

<sup>564</sup> Véase el apartado 105 de la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 23 de mayo de 2016 *Avotinš vs. Letonia*, nº 17502/07, que estudiaremos en el Capítulo V.

En suma, hasta la fecha, el control ejercido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido, como bien describe Rafael Marín: “de carácter indirecto, mediato e incompleto a través de una solución doblemente insatisfactoria: atribuir la eventual responsabilidad a los Estados miembros a la par que se mantiene *lato sensu* una deferencia de tipo *Solange II* hacia el ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>565</sup>. En los casos descritos en este epígrafe, los resultados habrían sido diferentes si, en aquel momento, la Unión hubiese formado parte del Convenio<sup>566</sup>.

### **2.1.2. La necesidad de un control externo por parte del Tribunal de Estrasburgo sobre la actividad de la Unión Europea**

En este contexto de incertidumbre e impunidad de la Unión Europea frente al control de Estrasburgo, muchos son los autores que han alzado su voz a favor de la necesidad de la adhesión y de la consecuente introducción de un escrutinio jurisdiccional externo sobre la actividad de esta organización internacional. De hecho, ven en la posibilidad de control exterior de los actos comunitarios por parte de Estrasburgo la auténtica razón para la adhesión, más que el hecho de integrar materialmente el CEDH, puesto que en gran parte ya estaría presente en el ordenamiento de la Unión indirectamente por la vía de los principios generales del Derecho consagrada en el artículo 6.3 TUE y por el artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>567</sup>. La Abogada General Kokott en sus

---

<sup>565</sup> MARÍN AÍS, R. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013, p.233-276, p.236-237.

<sup>566</sup> GRAGL, P. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p. 140.

<sup>567</sup> El artículo 52.3 será ampliamente estudiado posteriormente en este mismo Capítulo en relación a la coherencia normativa entre la Carta y el Convenio. Esta importantísima disposición establece: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”; LLOPIS NADAL, P. “La necesidad procesal de la adhesión...” *op. cit.* p.3: “Una adhesión que, si bien se plantea prescindible desde la perspectiva material, puesto que la Unión tiene su propio catálogo de derechos fundamentales y todo un sistema jurisdiccional que vela por su protección, sigue siendo necesaria desde la perspectiva procesal, ya que mientras la Unión no ratifique el Convenio este ordenamiento jurídico supranacional no podrá quedar íntegramente sujeto al control jurisdiccional exterior ejercido por el TEDH y, a medida que absorbe el ejercicio de competencias cedidas por sus Estados Miembros, los particulares pierden la posibilidad de recurrir ante Estrasburgo en defensa de sus derechos humanos.”; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.833: “el punto de partida de cualquier análisis o valoración crítica que se haga del dictamen 2/2013 debería no perder de vista que, desde una perspectiva *material*, los derechos reconocidos en el CEDH han sido ya incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión de manera plena: primero, a través de la jurisprudencia del propio TJUE, mantenida tras el Tratado de Lisboa a través del art. 6.3 TUE; y, después, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo art. 52.3 deja

conclusiones emitidas en el procedimiento del Dictamen 2/13 también se pronuncia sobre la importancia del escrutinio externo: “Tal componente de control jurisdiccional externo de un nivel común elemental de respeto de los derechos fundamentales será la diferencia más importante con la situación jurídica actual, y que por lo general se considera que constituirá el valor añadido real de la adhesión de la Unión al CEDH”<sup>568</sup>.

Por otro lado, afirmar la necesidad de un control externo no significa poner en cuestión la eficacia de la protección de los derechos humanos que se da “internamente” en el seno de la Unión Europea, y más concretamente, por el Tribunal de Justicia. Así lo declara la Comisión en su Comunicación de 1990, donde señala que aunque el Tribunal de Luxemburgo examine el respeto de los derechos humanos, ese escrutinio no es el mismo que el que realiza el Tribunal de Estrasburgo, que está fuera del sistema comunitario y al que los tribunales constitucionales y supremos de todos los Estados miembros están sujetos<sup>569</sup>. Efectivamente, de la misma forma que todos los Estados miembros de la Unión Europea están sometidos al control externo del TEDH y ello no significa cuestionar la labor que realizan sus tribunales internos, la Unión Europea estaría sometida a ese mismo examen sin que suponga poner en tela de juicio la actividad del Tribunal de Luxemburgo. Se trataría, en cambio, de una garantía añadida a las ya existentes en los sistemas jurisdiccionales de cada Estado Parte en el Convenio<sup>570</sup>.

---

claro que, en la medida en que la Carta contenga derechos garantizados por el CEDH, «su sentido y alcance serán iguales a los que se les confiere en dicho Convenio», así como también prevé que ello «no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa». De lo que se trataba ahora era de completar esa perspectiva *material* de plena incorporación de los derechos del CEDH al ordenamiento de la Unión, con el paso final que encarnaba una adhesión *formal* de la Unión al CEDH. Suponía la incorporación al ámbito de la UE del mecanismo de control judicial externo por parte del TEDH”; PI LLORENS, M. *op. cit.* p. 147: “la verdadera ventaja de la adhesión no radica tanto en contar con el catálogo de derechos y libertades establecido en la parte material del CEDH o en sus protocolos, sino en el hecho de que los actos comunitarios puedan estar sometidos al control de los órganos de Estrasburgo”.

<sup>568</sup> Conclusiones de la Abogada General Kokott, Dictamen 2/13, apartado 164.

<sup>569</sup> Comunicación de la Comisión de 1990, párrafo 3 b: “no matter how closely the Luxembourg Court monitors human rights, it is not the same as scrutiny by the Strasbourg Court, which is outside the Community legal system and to which the constitutional courts and the supreme courts of the Members States are subject.”

<sup>570</sup> Como afirma el ex presidente del TEDH, Dean Spielmann, en el discurso pronunciado en la Reunión conjunta del TJUE y el TEDH, en el marco de la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea que tuvo lugar en Helsinki el 6 de septiembre de 2013 bajo el título “L’adhésion de l’union européenne à la convention européenne des droits de l’homme”, documento disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20130906\\_Spielmann\\_Helsinki\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130906_Spielmann_Helsinki_FRA.pdf) (último acceso: 12 de junio de 2015) : “Plus personne ne conteste aujourd’hui le fait que le contrôle externe représente une véritable plus-value par rapport à un contrôle purement national exercé « de l’intérieur ». C’est même la raison d’être du mécanisme de la Convention. En effet, la position et la perspective différentes du juge international, marquées par un plus grand recul à l’égard des éléments constitutifs d’un litige, permet un autre regard. Non pas un regard meilleur mais un regard différent, complémentaire de celui du juge interne.”; Llopis Nadal considera que ese sometimiento a un control externo supone reforzar las garantías

La presencia de un sistema europeo de vigilancia, que opera fuera de los sistemas nacionales y que examina las medidas jurídicas de estos, proporciona a los ciudadanos la garantía de que sus derechos son protegidos<sup>571</sup>, incluso frente a violaciones de sus propios Estados<sup>572</sup>. Es, precisamente, la naturaleza externa de este escrutinio lo que le da el valor añadido y lo que hace única la jurisdicción de Estrasburgo<sup>573</sup>. En efecto, éste es el único tribunal en Europa que no es parte de ninguno de los sistemas legales bajo su jurisdicción, como sí sucede, en cambio, con el Tribunal de Luxemburgo que es el “Tribunal Supremo” del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y por tanto, forma parte de éste<sup>574</sup>. Así, el TEDH sería el único tribunal capacitado para llevar un auténtico control “desde fuera”<sup>575</sup>, con una perspectiva genuinamente internacional, y por tanto con una mayor

---

procesales puestas a disposición de los ciudadanos y ésa es, precisamente, la razón de ser de ratificar el Convenio: “El motivo que lleva a los Estados y a la Unión a querer ser Parte Contratante del Convenio no es dotar a sus ordenamientos jurídicos de multiplicidad de fuentes del derecho encargadas de regular los mismos aspectos –razón que todavía pierde más peso si tenemos en cuenta que sus propios textos constitucionales, por regla general, contienen una mejor protección de los derechos fundamentales, tanto cuantitativa como cualitativamente-. La razón de ser de la ratificación del Convenio es reforzar las garantías procesales que los ordenamientos jurídicos internos ponen a disposición de los particulares en materia de derechos humanos; y este refuerzo se logra mediante la concesión de una *última vía*, una *instancia* adicional ante la jurisdicción de Estrasburgo, que permita obtener la reparación de los derechos fundamentales vulnerados” LLOPIS NADAL, P. “La necesidad procesal de la adhesión...” *op. cit.* p.13

<sup>571</sup> KRÜGER, H.C. “Reflections concerning accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights” *op. cit.* p. 95.

<sup>572</sup> Como apunta Spaventa, si ese control residual es necesario sobre los Estados, más aún frente a la Unión Europea, democracia “imperfecta” con un sistema judicial “imperfecto”: “It is clear that those considerations apply equally, and possibly more urgently, to the EU, an imperfect democracy with an imperfect judicial system, whose competences now extend to areas that are particularly fundamental rights sensitive (for example, criminal, asylum, and immigration law, and sanctions against individuals)”, SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 22, 2015, pp. 35-56, p.38.

<sup>573</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.* p. 499.

<sup>574</sup> *Ídem*. A este respecto, véanse también las palabras de Sonia Morano-Foadis: “The CJEU is the court of an autonomous legal order whose decisions are deemed to be supreme and directly effective for Member States and individuals. According to the constitutional view shared by the CJEU the Treaties are the constitutional bones, the constitutional skeleton of the EU legal system, and as such capable of directly creating individual rights. Consequently the Court acts as the constitutional court of the EU system. By contrast, the ECtHR is not part of a “self-sufficient” legal order. It is an international/regional tribunal that, in the context of the Council of Europe has the sole role of verifying compliance by ECHR State Members with the Convention” en MORANO-FOADI, S. ‘Fundamental Rights in Europe: “constitutional” dialogue between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights’, *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* Volumen 5 nº 1, 2013, p. 64-88, p.83; El Abogado General Cruz Villalón va más allá y declara que el CEDH no sólo no es un ordenamiento “autosuficiente” sino que ni siquiera se trataría de un ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede con la Unión Europea o con los ordenamientos nacionales: “The ECHR, even taken in all its constituent parts, substantive, institutional and procedural, is not a legal order. You may have occasionally met, in the case law of the ECJ, allusions to ‘the three legal orders’, thereby including also Strasbourg. But I wouldn’t encourage the language of ‘legal order’ when referring to the ECHR, as we do when referring to the EU legal order or a national legal order. In my view, the ECHR is not a legal order nor was it ever called upon to become such” en CRUZ VILLALÓN, P. “Rights in Europe – The Crowded House”, Working Paper 01/2012, King’s College London, Centre of European Law p 8.

<sup>575</sup> Como señala Kuijer: “It is useful to have a critical mirror in which to view one’s own legal order from a greater distance”. KUIJER “The accession of the European Union to the ECHR...” *op. cit.* p.21-22.

objetividad<sup>576</sup>. A pesar de que la supervisión externa a veces puede ser percibida como perturbadora, es precisamente ésa su función, su propósito, su razón de ser<sup>577</sup>. En este sentido, Polakiewicz afirma que la supervisión internacional resulta aún más importante en tiempos de crisis, cuando los legisladores nacionales tienden a adoptar soluciones precipitadas<sup>578</sup>.

Debemos tener en cuenta que el caso de la Unión Europea es muy especial en tanto en cuanto los Estados miembros han ido paulatinamente transfiriendo atribuciones a esta organización<sup>579</sup>. Así, se produce la paradoja de que cuando estos ámbitos eran competencia de los Estados sí estaban sometidos al control externo del Tribunal de Estrasburgo, pero cuando han sido transferidos a la Unión Europea han dejado de estarlo debido al consabido hecho de que tal organización no es Parte en el CEDH<sup>580</sup>. De esta

---

<sup>576</sup> Conviene destacar que es, precisamente, la existencia de un tribunal fuerte como el TEDH, capaz de condenar a las Partes contratantes por la violación de los derechos humanos y que tiene, desde la entrada en vigor del Protocolo nº 11 jurisdicción obligatoria sobre las demandas interpuestas por particulares, lo que diferencia al sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre otros regímenes internacionales de protección de los derechos humanos. Así lo afirma Stone Sweet en “Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 80, 2009, p. 923. También señala Carlos Fernández Liesa: “Lo más relevante del Convenio es la existencia de un *control judicial internacional*, que se ha visto reafirmado desde el protocolo nº. 11. Pueden interponer una demanda ante el TEDH un Estado (art. 33), una persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares (art. 34), siempre y cuando se hayan agotado los recursos internos, la demanda no sea anónima, no sea igual a otra anterior, y no sea abusiva o infundada (art. 35).” FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, *op. cit.* p.329.

<sup>577</sup> En este sentido se pronunciaba el ex presidente del TEDH, Dean Spielmann en el ya citado discurso pronunciado en Helsinki en 2013: “Certes, il ne fait pas de doute que plus d’une fois, le contrôle externe exercé par la Cour dérange les autorités nationales qui en font l’objet, mais n’est-ce pas là aussi son but? N’est-ce pas précisément afin de pouvoir déranger, afin de pouvoir interpeller et provoquer la réflexion, susciter le dialogue, à partir d’un autre regard, qu’il a été créé ? Si son résultat était toujours consensuel et porté par l’assentiment général, un contrôle externe ne serait sans doute pas nécessaire, car il ferait double emploi avec le contrôle interne.”

<sup>578</sup> POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle? The draft accession agreement of 5 April 2013”, 26 de septiembre de 2013, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2331497](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2331497) (último acceso: 21 de marzo de 2017), p. 17.

<sup>579</sup> El TJUE ya estableció desde bien temprano que, efectivamente, se produce una transferencia real de atribuciones de los Estados miembros hacia la Unión en la emblemática sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa contra E.N.E.L.*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66: “...que, en efecto, al instituir una Comunidad de duración indefinida, dotada de Instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y más en particular de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado su soberanía, aunque en materias específicas, y han creado así un cuerpo normativo aplicable a sus nacionales y a sí mismos”

<sup>580</sup> COBO SÁENZ, J.F., “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus efectos en la aplicación judicial del Derecho de la Unión”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 291, abril 2009, p.59; Sobre la sustracción al control del Tribunal de competencias que han sido transferidas a la Unión, Callewaert afirma: “Every transfer of powers by the member states to the European Union has had the concomitant effect of removing the exercise of the power in question from the Court’s scrutiny, although that is not provided for in the Convention and, indeed, is not in keeping with its spirit. This constitutes a

forma, a medida que la Unión Europea se ha ido tornando cada vez más poderosa en términos políticos, también se ha convertido en una fuente potencial de violación de derechos humanos<sup>581</sup>. Asimismo, conviene señalar que un escrutinio externo de la Unión no sólo tendría por objeto actos legislativos y administrativos – y omisiones – sino también todas las decisiones del Tribunal de Luxemburgo. En la situación actual pre-adhesión, sus sentencias no pueden ser controladas por el Tribunal de Estrasburgo, a diferencia de lo que sucede con las decisiones de los tribunales nacionales de última instancia<sup>582</sup>, que sí están sometidas al escrutinio del TEDH.

Si bien gran parte de la doctrina aboga por la necesidad de un control externo de la actividad de la Unión Europea, también conviene hacer referencia a alguna posición crítica hacia la adhesión<sup>583</sup>. Puente Egido se muestra escéptico hacia el control que ejercería Estrasburgo sobre la Unión y se manifiesta en el sentido siguiente: “¿no sería esta adhesión un acto contradictorio con aquella realidad que hoy por hoy sigue teniendo un asentimiento general sobre que la UE no es un Estado, sino una “Unión de

---

regression in the protection of citizens’ fundamental rights” CALLEWAERT, J. *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2014, p.15; Según el Abogado General Jacobs, ésta parece ser la razón más potente para la adhesión: “The strongest argument for accession has seemed to be that when Member States transfer powers to the EU, the exercise of those powers, previously subject to the jurisdiction of the ECtHR, ceases to be subject to that jurisdiction” en JACOBS, F. “The European Convention on Human Rights...” *op. cit.* p. 294.

<sup>581</sup> COSTELLO, “The Bosphorus Ruling...” *op. cit.* p. 88: “The EU is an actual and potential violator of human rights through its legislative and executive action”. En esta línea, Economides y Weiler ya advertían en el año 1979, casi como de forma premonitoria, que a medida que la Comunidad fuera creciendo en nuevos ámbitos materiales, se incrementaría cuantitativamente el número de casos ante los tribunales europeos nacionales e internacionales; ECONOMIDES, K. y WEILER, J.H.H, "Accession of the Communities to the European Convention..." *op. cit.* p. 14: “As the Community branches out into new embryonic fields such as Consumer Protection, Environment and Workers' Participation, one can envisage that quantitatively the number of cases coming before national and transnational "European Courts," and possibly choking the system, will be drastically increased”; SCHEECK, L. “Solving Europe’s binary...” *op. cit.* p. 3: “As the European Union has become ever more powerful in terms of political output, it has also turned out to be a potential source of human rights violations”; Por su parte, Daniel Sarmiento también afirma la capacidad potencial de la Unión de violar derechos fundamentales, aunque no tenga los medios materiales de los Estados: “The ECHR was envisaged as a safety valve for nation States that had proved their ability and determination to breach human rights. Of course, nation States have the means to be serious human rights offenders: they have policemen, prisons, tanks, armies, even nuclear weapons in some cases, and they can end up being ruled by tyrants, even by democratic means. So, overall, the ECHR is not such a bad idea. However, the EU has no policemen, no prisons, no tanks, no armies, certainly no nuclear weapons, and it can hardly become the victim of a coup d’état. *It can do a lot of harm by way of regulation, it can be a human rights offender through law, but not by force or coercion*” (énfasis añadido). SARMIENTO, D. “Fundamental rights after Opinion 2/13. Should we prepare for the worst?” *Despiteour differences blog*, 7 de julio de 2015, <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2015/07/07/fundamental-rights-after-opinion-213-should-we-prepare-for-the-worse/> (último acceso: 6 de marzo de 2017), p.1.

<sup>582</sup> SCHEECK, L. “Solving Europe’s binary...” *op. cit.* p. 14

<sup>583</sup> Véanse SCHERMERS, H. G. “The New European Court of Human Rights”, *Common Market Law Review*, 1998, n. 1, p. 5-6, Lord Hoffmann, *Human Rights and the House of Lords*, *The Modern Law Review*, 1999, n. 2, p. 165

Estados”?”<sup>584</sup>. Consideramos que esta posición obvia que el hecho de que la Unión se someta al escrutinio del Tribunal de Estrasburgo no significa el reconocimiento de que la Unión sea un Estado<sup>585</sup>, sino un avance vanguardista por el que, por primera vez en la Historia, la actividad de una organización internacional sería controlada por un tribunal exterior, perteneciente al mecanismo de control de un tratado (el CEDH) adoptado en el seno de otra organización internacional (el Consejo de Europa). Sin este control externo, la Unión Europea corre el riesgo de encerrarse sobre sí misma, como declara el ex presidente del TEDH, Dean Spielmann: “*un ordre juridique qui se fermerait au contrôle externe de son respect des droits de l’homme serait un ordre juridique qui se referme sur lui-même, un ordre juridique menacé d’asphyxie et de sclérose*”<sup>586</sup>.

Una vez que la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma esté materializada, esta situación incierta de escrutinio indirecto del TEDH descrito en el epígrafe anterior se verá transformada en tanto en cuanto el Tribunal de Estrasburgo podrá realizar un control directo sobre los actos de la Unión. La adhesión implicará que la Unión Europea reconozca formal y expresamente la jurisdicción del TEDH<sup>587</sup>. Y así pondrá fin a la anomalía que supone el hecho de que los Estados miembros estén sometidos al escrutinio de Estrasburgo, pero no lo esté la Unión Europea, permaneciendo en un limbo de impunidad en materia de derechos humanos y fuera de esta “Comunidad de Derecho”<sup>588</sup>. Sólo la adhesión podrá proteger, en primer lugar, a los ciudadanos<sup>589</sup>, y en segundo lugar, a los Estados miembros de la responsabilidad por posibles violaciones del Convenio cometidas por parte de las instituciones europeas<sup>590</sup>. Así, como consecuencia de la

---

<sup>584</sup> PUENTE EGIDO, J.: “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada” *op. cit.* p. 1120-1121.

<sup>585</sup> El propio Tribunal se encarga de dejar bien claro que la Unión no es un Estado en el importantísimo párrafo 156 del Dictamen 2/13: “(...) la Unión, desde el punto de vista del Derecho internacional, no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado”

<sup>586</sup> Discurso de Dean Spielmann el 6 de septiembre de 2013 en Helsinki, véase el pie de página 202.

<sup>587</sup> GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea...” *op. cit.* p.106-107

<sup>588</sup> A este respecto interesa señalar de nuevo las palabras pronunciadas por el ex presidente del TEDH, Dean Spielmann, en el discurso de Helsinki el 6 de septiembre de 2013: “Le fait que l’Union européenne aujourd’hui se retrouve encore toujours en dehors de cette communauté de droit, alors qu’elle exerce le même type de compétences que les États, représente non seulement une anomalie, il s’inscrit en faux contre toute la tradition européenne des droits de l’homme”

<sup>589</sup> POLAKIEWICZ, J. “The Future of Fundamental Rights Protection without accession”, discurso pronunciado en la Universidad de Maastricht, 26 Junio 2015, disponible en : [http://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset\\_publisher/ja71RsfCQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false](http://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfCQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false) (ultimo acceso: 26 de febrero de 2016) p.3: “only accession can give European citizens the same protection *vis-à-vis* acts of the Union as they presently enjoy *vis-à-vis* all EU member states”

<sup>590</sup> LENAERTS, C. and de SMIJTER, E. “The Charter and the Role of the European Courts”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, nº 8, 2001, p.101.

adhesión, el Derecho de la Unión Europea quedaría íntegramente sujeto a la supervisión por parte de la jurisdicción de Estrasburgo cuando cualquier norma de este ordenamiento vulnerara los derechos humanos reconocidos en el Convenio, incluido el Derecho primario<sup>591</sup> y aquellas materias sobre las que el TJUE carece de competencia, esto es, las relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común, previstas en los artículos 275 y 276 del TFUE<sup>592</sup>.

---

<sup>591</sup> Sobre la imposibilidad del Tribunal de Justicia de supervisar la validez del Derecho primario, véase la explicación de la nota de pie de página nº 480 del presente trabajo. Éste es uno de los ámbitos en los que el TJUE no puede realizar un escrutinio, a diferencia del TEDH que, en cambio, sí puede controlar el respeto del CEDH por parte de lo que sería el “Derecho Primario” de un Estado: su Constitución. Así lo reflejó el TEDH en su sentencia de 30 de enero de 1998, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, solicitud nº 19392/92, apartado 29.

<sup>592</sup> Cuestión que será analizada ampliamente en el Capítulo IV del presente trabajo.



## 2.2. Incremento de la coherencia normativa y jurisdiccional

### 2.2.1. La coherencia como presupuesto para la seguridad jurídica

Otro de los pilares de la argumentación en favor de la adhesión es la necesidad de proporcionar una mayor coherencia tanto sustantiva – entre el CEDH y la Carta – como procesal – entre las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo - . Así se reconoce con carácter general en el mismo Preámbulo del borrador de Acuerdo de adhesión: *“considering that the accession of the European Union to the Convention will enhance coherence in human rights protection in Europe”*<sup>593</sup>.

La integración de la Unión en el sistema del Convenio no sólo supone elevar el nivel de articulación tanto sustantiva y jurisdiccional entre ambos sistemas, sino también, en un sentido más profundo, representa la coherencia de Europa con sus propias concepciones jurídicas y éticas, con su propia noción de derechos fundamentales<sup>594</sup>. Asimismo, encarna la coherencia entre la Unión Europea y la denominada “Gran Europa”, es decir, los países pertenecientes al Consejo de Europa, tal y como pone de manifiesto Françoise Tulkens, antigua vice-presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>595</sup>. En este sentido

---

<sup>593</sup> Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 5 April 2013, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting\\_reports/47\\_1\(2013\)008rev2\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf) (último acceso: 12 de junio de 2015).

<sup>594</sup> Así lo afirma el ex presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dean Spielmann, en el discurso que ofreció en la reunión conjunta del TJUE y el TEDH, en el marco de la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea que tuvo lugar en Helsinki el 6 de septiembre de 2013 bajo el título “L’adhésion de l’union européenne à la convention européenne des droits de l’homme”, documento disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20130906\\_Spielmann\\_Helsinki\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130906_Spielmann_Helsinki_FRA.pdf) (último acceso: 12 de junio de 2015): “L’adhésion, en effet, ne représente rien d’autre qu’une mise en cohérence de l’Europe avec ses propres conceptions juridiques et éthiques, avec sa propre conception des droits fondamentaux, laquelle est imprégnée de l’idée d’universalité des droits de l’homme”. En la misma línea se pronuncia Callewaert: “EU accession means quite simply making Europe coherent with its own legal and ethical ideas” en CALLEWAERT, J. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.9.

<sup>595</sup> Así lo manifestaba Françoise Tulkens, antigua vice-presidenta del TEDH en TULKENS, F. “Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights”, discurso en el National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP) – Krakow (Poland), 1 de marzo de 2013: “While the Union is reaffirming its own values through its Charter of fundamental rights, its accession to the European Convention on Human Rights will send a strong political signal of coherence between the European Union and the “greater Europe” (...) From the previous analysis it clearly transpires, I think, why accession to the Convention is necessary, even imperative”. En la misma línea, el Grupo de trabajo II sobre la “Incorporación de la Carta/adhesión al CEDH” de la Convención Europea declaraba en su informe de 22 de octubre de 2002: “la adhesión al CEDH daría un mensaje político claro en cuanto a la coherencia entre

se pronunciaba el Parlamento Europeo en su resolución sobre los aspectos institucionales de la integración de la Unión en el sistema del Convenio: “su adhesión al CEDH transmitirá un sólido mensaje de la coherencia existente entre la Unión y los países pertenecientes al Consejo de Europa y su régimen paneuropeo en materia de derechos humanos”<sup>596</sup>. En esa misma resolución, el Parlamento citaba como uno de los principales argumentos a favor de la adhesión: “la armonización legislativa y jurisprudencial en materia de derechos humanos entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y del CEDH contribuirá a un desarrollo armonioso de los dos tribunales europeos competentes en derechos humanos”<sup>597</sup>. Del mismo modo, Viviane Reding, ex vice-presidenta de la Comisión Europea y ex Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía afirmaba en una reunión en Estrasburgo el 7 de julio de 2010 - aquella que marcó el inicio de las negociaciones formales entre ambos bloques - que se trataba de un día histórico porque se estaba colocando el eslabón perdido – haciendo referencia a la adhesión - en el sistema europeo de protección de derechos fundamentales, garantizando la coherencia entre el Consejo de Europa y la Unión Europea<sup>598</sup>.

La coherencia no es una idea baladí en tanto en cuanto redundante en la seguridad jurídica. A este respecto, conviene destacar las palabras de Casado Raigón: “Creo que la Comunidad Europea, que el propio Tribunal de Luxemburgo ha calificado – en la sentencia *Les Verts*<sup>599</sup> – de “Comunidad de Derecho”, debe ofrecer al individuo un sistema completo de protección que sea propio, justamente, de una Comunidad de Derecho. No debe olvidarse que, en última instancia, la razón de ser de la adhesión es la

---

la Unión y la “Europa en sentido amplio” reflejada en el Consejo de Europa y su sistema paneuropeo de protección de los derechos humanos”

<sup>596</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)), p.2 disponible en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-20100184+0+DOC+PDF+V0//ES> (último acceso: 12 de junio de 2015)

<sup>597</sup> *Ídem*, p.3

<sup>598</sup> “Today is a truly historic moment. We are now putting in place the missing link in Europe's system of fundamental rights protection, guaranteeing coherence between the approaches of the Council of Europe and the European Union” Viviane Reding, “Filling the missing link in Fundamental Rights Protection: The European Union’s Accession to the European Convention on Human Rights”, Committee of Ministers of the Council of Europe, 7 July 2010. Véase [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-906\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-906_en.htm) (último acceso: 22 de julio de 2015). La misma expresión fue utilizada por el Presidente del TEDH Dean Spielman en el ya citado discurso de Helsinki en 2013: “À l’heure où la quasi-totalité des États européens sont parties contractantes à la Convention et où l’Union européenne apparaît donc plus que jamais comme le chaînon manquant dans cet édifice”.

<sup>599</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 1988 *Les Verts*/Parlamento, C-190/84 ECLI:EU:C:1988:94.

protección del particular, verdadero objetivo, a su vez, del Convenio de 1950”<sup>600</sup>. Chueca Sancho reconoce su preocupación por la falta de coherencia y el consecuente peligro para la seguridad jurídica: “La aplicación de los dos parámetros (el de la Unión Europea y el del Consejo de Europa) a un mismo problema (protección de los derechos humanos) por dos órganos judiciales distintos ha desencadenado esta injustificable guerra judicial en la que ya existen unos claros perdedores: la seguridad jurídica de todos y los derechos humanos de las personas concretas”<sup>601</sup>. Carrillo Salcedo declara: “la existencia de dos sistemas de protección amenaza con debilitar la protección global ofrecida y podría incluso poner en cuestión el reforzamiento de la democracia y el valor fundamental de la preeminencia del Derecho”<sup>602</sup>. Por su parte, Pastor Ridruejo considera que el día que se produzca la adhesión se habrá alcanzado la buscada meta de una “seguridad jurídica reforzada en el campo de la protección de los derechos fundamentales”<sup>603</sup>.

A pesar de que el desarrollo normativo y jurisprudencial de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales es, sin lugar a dudas, un gran avance, también se percibe el riesgo de que se creen líneas divisorias en Europa en este ámbito<sup>604</sup>. En efecto, puede producirse una Europa de derechos humanos “de varias velocidades”, estando los Estados miembros de la Unión y los Estados miembros del Consejo de Europa sujetos a estándares

---

<sup>600</sup> CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950” *op. cit.* p.97.

<sup>601</sup> CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004 p.55.

<sup>602</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. “Una cuestión pendiente...” *op. cit.* p.114. Esta preocupación era compartida por el (entonces) presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Wildhaber, que en el año 2000 pronunciaba las siguientes palabras: “the Court's main concern in the context of this discussion is to avoid a situation in which there are alternative, competing and potentially conflicting systems of human rights protection both within the Union and in the greater Europe. The duplication of protection systems runs the risk of weakening the overall protection offered and undermining legal certainty in this field”, Declaración del Presidente Wildhaber el 7 de marzo de 2000 ante el Grupo de relatores sobre las relaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, Doc. 8767, disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804d5b0b> (ultimo acceso: 20 de diciembre de 2016)

<sup>603</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, 2008, p.151.

<sup>604</sup> En este sentido, conviene destacar las palabras de Callewaert: “This increased role of fundamental rights in the European Union is to be wholeheartedly welcomed, but at the same time care must be taken to ensure that it does not lead to a divide in this area, to a perception that there are now two “worlds” of fundamental rights based on two different types of fundamental rights in Europe, with the same rights possibly having a different substance depending on whether EU law applies or not. This is precisely what the Treaty of Lisbon seeks to prevent by requiring the European Union to accede to the Convention”, en CALLEWAERT, J. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p. 10.

divergentes<sup>605</sup>. Por ello, algunos autores consideran que precisamente uno de los objetivos de la adhesión es el de actuar como catalizador para lograr unidad y coherencia y así lograr una mayor integración en Europa en el área de los derechos humanos<sup>606</sup>. Ya en el año 1979, Economides y Weiler afirmaban que la adhesión incrementaría la seguridad jurídica<sup>607</sup>. Incluso desde las posturas más escépticas hacia la adhesión, se reconoce que uno de sus objetivos es dotar de una mayor coherencia al sistema, como puede inferirse de estas palabras de Fernández Tomás: “La hipotética adhesión de las Comunidades al CEDH ni constituye una respuesta a las eventuales reivindicaciones del ciudadano comunitario —supuestamente deseoso de una mayor protección por esa vía—, ni tampoco una iniciativa de los Estados Miembros anhelantes de poder ofrecer una complicación más a sus respectivos poderes judiciales. Se trata, por el contrario, de una iniciativa surgida de la propia dinámica comunitaria (...) quizá como un intento de mantener la *coherencia formal del sistema* en torno a cuestiones de competencia institucional y derecho aplicable”<sup>608</sup>. Por tanto, hay un consenso tanto en el ámbito doctrinal como en el institucional en torno a la idea de que la coherencia es uno de los argumentos en favor de la necesidad de la adhesión de la Unión al Convenio. Como señala Jorg Polakiewicz, la integración de la Unión en el CEDH “cuadrará el círculo” ya que garantizará coherencia y armonía entre los enfoques de la Unión Europea y el Consejo de Europa<sup>609</sup>.

---

<sup>605</sup> Como expresó el antiguo presidente del TEDH, Luzius Wildhaber, el 7 de marzo de 2000 ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa, afirmando que es de la máxima importancia “to avoid a situation in which there are alternative, competing and potentially conflicting systems of human rights protection both within the Union and in the greater Europe. The duplication of protection systems runs the risk of weakening the overall protection offered and undermining legal certainty in this field” ; También en la doctrina, se han alzado voces señalando los riesgos de una Europa de varias velocidades en materia de derechos humanos, como Camille Dautricout: “While EU fundamental rights developments are generally perceived favorably, voices in Strasbourg have denounced a risk that autonomous EU standards in the human rights domain might create dividing lines in Europe. This might, according to certain views, result in a “multi-speed” Europe of human rights, with the EU Member States and the remaining Council of Europe States being subject to divergent standards. This concern seems to be driven by a fear of duplication of tasks in a scenario where the EU would take the lead and downgrade the Strasbourg Court to the status of a “court of the rest of Europe”. DAUTRICOUT, C. “A Strasbourg perspective on the development of Human Rights in EU Law: Trends and Implications”, *Jean Monnet Working Paper* 10/10, NYU School of Law, 2010, p.5.

<sup>606</sup> KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS, V. *The EU accession to the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p.9: “Undeniably, one of the goals of accession is to act as a catalyst for unity and coherence and, thereby, also further integration in Europe in the area of (and by the means of) human rights.”

<sup>607</sup> ECONOMIDES, K. y WEILER, J.H.H, “Accession of the Communities to the European Convention...” *op. cit* p. 686: “Naturally adherence to the ECHR would increase legal certainty and must therefore be viewed positively in this context”.

<sup>608</sup> FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo...” *op. cit.* p.717. Énfasis añadido.

<sup>609</sup> POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?...” *op. cit.* p.28

### 2.2.2. Coherencia normativa: la relación entre la Carta y el Convenio

El primer pilar de la coherencia correspondería a la parte normativa, es decir, a la relación entre los dos catálogos de derechos fundamentales: la Carta y el Convenio de Roma<sup>610</sup>. No es objeto de esta tesis hacer un pormenorizado análisis de cada uno de estos emblemáticos instrumentos normativos, puesto que ya han sido numerosos los trabajos dedicados a ellos de forma individual<sup>611</sup>, sino que nuestro objetivo es profundizar en la

<sup>610</sup> Interesa destacar las palabras de Gil Carlos Rodríguez Iglesias llamando a la coherencia y el enriquecimiento mutuo entre ambos instrumentos, en la inauguración del año judicial del TEDH en 2002: “plutôt que d’être en concurrence et de générer un schisme dans la protection des droits fondamentaux en Europe, la Convention et la Charte devraient être appelées à s’enrichir mutuellement”. Discurso de Gil Carlos Rodríguez Iglesias, con ocasión de la ceremonia de apertura del año judicial, Estrasburgo, 31 de enero de 2002, disponible en:

[http://www.cvce.eu/collections/unit-content/-/unit/d5906df5-4f83-4603-85f7-0cabec24b9fe1/a581c869-f8e3-4893-bd90-a53fd54ed1e1/Resourcess#c201f6b4-21c4-408b-9a72-3b083048d5ec\\_fr&overlay](http://www.cvce.eu/collections/unit-content/-/unit/d5906df5-4f83-4603-85f7-0cabec24b9fe1/a581c869-f8e3-4893-bd90-a53fd54ed1e1/Resourcess#c201f6b4-21c4-408b-9a72-3b083048d5ec_fr&overlay) (último acceso: 5 de enero de 2017).

<sup>611</sup> Entre la extensísima literatura sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, véase: ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones. Concordancias, jurisprudencia”, Thomson/Cívitas/Aranzadi, 2006; BRAIBANT, G.; La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne (Témoignage et commentaires), Éditions du Seuil, París, 2001 (el autor tomó parte en la redacción de la Carta); CARRILLO SALCEDO, J.A. “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, 2001; FERNÁNDEZ SOLA, N.; “À quelle nécessité juridique répond la négociation d’une charte des droits fondamentaux de l’Union européenne?”, *RMCUE*, nº 442, 2000, pp. 595-600; FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2001; FONSECA MORILLO, F.J.; “La gestación y el contenido de la Carta de Niza” en MATIA PORTILLA, F.J., La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 21 y ss. GARCÍA ROCA, J. “Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, 2003; LANZONI, L. “Tutela y limitación de los derechos humanos en el Art. 52 de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, 2012; MANERO SALVADOR, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales. De Niza a Lisboa” en FERNÁNDEZ LIESA, C., DIAZ BARRADA, C., MANERO SALVADOR, A., ALCOCEBA GALLEGU, A. (coord.) *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008; MANGAS MARTÍN, A. (dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (coord.) “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo” Fundación BBVA, 2009; MARTÍNEZ PÉREZ, E. “La actualización de los Derechos Fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la Jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013; PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, Oxford and Portland, Oregon, 2014; RIPOLL CARULLA, S. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (consideraciones sobre el artículo 2 de la L.O. 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)”, *Revista Española de Derecho Comunitario*, nº 37, 2010; ROLDÁN BARBERO, J. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 16, 2003; ROLLA, G. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2009; RUBIO LLORENTE, F. “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002; TERRADILLOS ORMAETXEA, E. “Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2011, pp. 53-74; WEBER, A. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2002; La literatura encargada del estudio del Convenio Europeo de Derechos Humanos también es ingente, pero véanse como ejemplos: CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid,

interrelación entre ambos documentos con el fin de determinar hasta qué punto es necesaria la adhesión para dotar de mayor coherencia sustantiva al sistema.

Es importante recordar que cuando se decidió redactar la Carta en el Consejo de Colonia de 1999, ya empezó a surgir un miedo a la duplicación y la divergencia en el seno del Consejo de Europa<sup>612</sup>. Por esta razón, su Asamblea Parlamentaria adoptó una resolución en el año 2000 invitando a la Unión Europea a incorporar en la Carta los derechos garantizados en el Convenio y sus Protocolos y hacer lo máximo posible para salvaguardar la coherencia en la protección de los derechos humanos en Europa y evitar interpretaciones divergentes de estos derechos<sup>613</sup>. La relación entre ambos instrumentos normativos estuvo en el centro de los debates que precedieron a la adopción de la Carta<sup>614</sup>. Ya en la primera reunión de la “Convención” – órgano encargado de la redacción de la CDFUE<sup>615</sup> – el Sr. Fischbach, juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y uno de los dos observadores del Consejo de Europa, sugirió que en lo referente a los derechos civiles y políticos, la Carta debería basarse en el Convenio, ya que los derechos y libertades consagrados en éste estaban redactados de tal forma que podrían incorporarse íntegramente en el Derecho Comunitario<sup>616</sup>. Esta propuesta de copiar directamente los

---

2003; GONZÁLEZ PASCUAL, M. "El Convenio Europeo de Derechos Humanos como parte del Derecho Constitucional Europeo", en QUERALT JIMÉNEZ A. (Coord) *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europeo*, Aranzadi, 2013; GARCÍA JIMÉNEZ, *El convenio europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.) "La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, CEPC, 2005; LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Thomson Civitas, 2004.

<sup>612</sup> LEMMENS, P., "The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8/1, 2001, pp. 49-67, p. 49.

<sup>613</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1210 (2000) of 25 January 2000 on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, párrafo 10: "...the Assembly invites the European Union: (i) to incorporate the rights guaranteed in the European Convention on Human Rights and its protocols in the Charter of Fundamental Rights and to do its utmost to safeguard the coherence of the protection of human rights in Europe and to avoid diverging interpretations of those rights."

<sup>614</sup> Para un detallado análisis de los debates que tuvieron lugar y los diferentes borradores que se esbozaron en lo referente a la relación entre ambos instrumentos durante el año que duró la redacción de la Carta, véase: LEMMENS, P., "The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union..." *op. cit.*

<sup>615</sup> La "Convención" constaba de quince representantes personales de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, un representante de la Comisión, dieciséis miembros del Parlamento Europeo y treinta miembros de los Parlamentos nacionales (dos por cada uno de los quince Parlamentos).

<sup>616</sup> Record of the first meeting of the 'Convention', 17 December 1999, *Body I*, Annex VI, 25, no. 2: "the Charter should build on the European Convention on Human Rights. The rights and freedoms contained in the Convention and its additional protocols are worded in such a way that they could be incorporated lock, stock and barrel into Community law"



derechos civiles y políticos del CEDH no fue seguida, aunque es indudable que el Convenio sirvió de inspiración para la redacción de la Carta<sup>617</sup>.

Hay dos cuestiones esenciales que debe tenerse en cuenta para las relaciones entre ambos instrumentos normativos<sup>618</sup>. La primera es que tienen ámbitos de aplicación diferenciados. Mientras el Convenio se aplica a toda la actividad de los Estados Parte, el artículo 51 de la Carta se encarga de establecer que su ámbito es más reducido, ya que sus disposiciones están dirigidas “a las instituciones, órganos y organismos de la Unión (...) así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*”<sup>619</sup>. Por tanto, un hecho que esté exclusivamente regulado por el Derecho nacional, estaría bajo el amparo del CEDH pero no de la Carta y en ese caso, no habría ningún tipo de solapamiento normativo entre los dos sistemas. La segunda cuestión que debemos tener en mente es que la Carta abarca un catálogo de derechos fundamentales mayor que el del Convenio, ya que no sólo integra derechos civiles y políticos sino también derechos

---

<sup>617</sup> Así se reconoce en el párrafo quinto del Preámbulo de la Carta: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Weiss afirma que la mitad de las disposiciones sustantivas de la Carta están basadas en el Convenio y en la jurisprudencia de Estrasburgo, en WEISS, W. “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p. 69. Douglas-Scott también señala que la mitad de los derechos recogidos en la Carta están basados en el CEDH, en DOUGLAS-SCOTT, S. “The Relationship between the EU and the ECHR...” *op. cit.* p. 17. Eeckhout considera que la Carta es una copia del Convenio añadiéndole derechos sociales y económicos en EECKOUT, P. “Prisoner Voting and the UK’s Imprisoned European Policy” <http://www.europeanfutures.ed.ac.uk/article-1900> (último acceso: 21 de octubre de 2015)

<sup>618</sup> Además, es importante recordar que los objetivos de ambos textos no son exactamente los mismos, como señala el profesor Javier Roldán: “no debe olvidarse que ambos catálogos de derechos tienen una vocación distinta: el Convenio persigue ofrecer una garantía adicional, complementaria al sistema interno de control de los derechos fundamentales; el Convenio ha sido creado por los Estados para reforzar su propio modelo de salvaguarda, es un modelo externo, en definitiva. En cambio, la Carta está llamada a supervisar, *desde dentro*, el respeto por los derechos humanos en el marco de las competencias asumidas por la Unión. En consecuencia, la Carta afecta a las instituciones europeas, y sólo a los Estados miembros cuando actúan en el contexto de la Unión Europea”, ROLDÁN BARBERO, J. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7. Núm. 16. Septiembre-Diciembre 2003, p.986.

<sup>619</sup> Artículo 51 de la Carta:

“Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.”

económicos, sociales y culturales<sup>620</sup>. La consecuencia de estas dos precisiones respecto a los ámbitos de aplicación de la Carta y el Convenio es fundamental: la coincidencia entre ambos instrumentos tan sólo tendría lugar en caso de que se tratara de un hecho en el que estuvieran implicados derechos civiles y políticos y al mismo tiempo, nos encontraríamos en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión, a la luz del artículo 51 de la Carta. Es en esta parcela normativa de intersección de ambos sistemas donde este epígrafe cobra su interés, ya que es donde la adhesión de la Unión al Convenio desplegará sus efectos.

### **2.2.2.1. La disposición clave: el artículo 52.3 de la Carta**

Para comprender las relaciones entre ambos catálogos de derechos, es necesario dirigir la atención hacia dos normas fundamentales de la Carta: el párrafo 3 del artículo 52<sup>621</sup> y el artículo 53<sup>622</sup>. En este apartado nos centraremos en la primera, dado que la segunda será abordada en el Capítulo III. El artículo 52.3 es crucial para la relación entre la Carta y el Convenio – no en vano se le llama “cláusula de coherencia”<sup>623</sup>- por dos razones. En primer lugar, porque establece que los derechos recogidos en la Carta que también se encuentren consagrados en el CEDH deberán interpretarse de la misma manera, ya que su “sentido y alcance” serán iguales. En segundo lugar, porque declara que el Convenio será el patrón mínimo de protección, sobre el que la Unión podrá conceder una protección más amplia pero nunca menor<sup>624</sup>. De esta forma, siendo el CEDH el estándar de

---

<sup>620</sup> MANERO SALVADOR, A., “El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis económica internacional”, *op. cit.* p.34; Como veíamos en el capítulo I, en el ámbito del Consejo de Europa, hay un importante instrumento dedicado a los derechos sociales: La Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, que entró en vigor el 26 de febrero de 1965. La Carta fue revisada (se aumentó la lista de derechos protegidos) mediante un nuevo instrumento internacional firmado el 3 de mayo de 1996, en vigor desde el 1 de julio de 1999.

<sup>621</sup> El artículo 52.3 de la Carta prevé: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”

<sup>622</sup> El artículo 53 de la Carta establece: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

<sup>623</sup> DE HOYOS SANCHO, M. (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, 2008, p.38.

<sup>624</sup> Según Korenica, al diseñar este modelo de protección, la Carta intenta alcanzar dos objetivos; reconocer la función del Convenio como instrumento de orden público europeo, y proteger a la UE de las potenciales



interpretación de la Carta, es necesario tener en mente aquél cuando se intente buscar el significado de cada uno de los preceptos de ésta<sup>625</sup>.

A pesar de que el artículo 52.3 es una disposición imprescindible para las relaciones intersistémicas, no aporta una solución completa a los problemas de coherencia entre ambos instrumentos normativos, ya que entraña complicaciones nada desdeñables<sup>626</sup>. Según Weiss, las consecuencias jurídicas del artículo 52.3 son dudosas debido a que las Explicaciones de la Carta subrayan la autonomía de la Carta<sup>627</sup>. Por esta razón, de acuerdo con este autor, habría dos formas mutuamente excluyentes de interpretar el artículo 52.3: (i) como una guía interpretativa que vela por la armonía entre la Carta y el Convenio o (ii) como una incorporación material del Convenio en la Carta que, en virtud del artículo 6.1. TUE, se convertiría en Derecho primario en lo referente a los derechos reflejados en la CDFUE. Weiss se inclina por esta segunda opción, sosteniendo que el artículo 52.3 no constituiría una mera guía interpretativa sino una incorporación sustantiva de los derechos correspondientes del Convenio, que se habrían convertido en jurídicamente vinculantes

---

críticas sobre el nivel de protección que garantiza, KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR Between Luxembourg’s Search for Autonomy and Strasbourg’s Credibility on Human Rights Protection”, Springer, 2015, p.62.

<sup>625</sup> Para un análisis detallado del significado de cada artículo de la Carta y su correlación con las disposiciones del CEDH, véanse las Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales, DOUE C 303/02, de 14 de diciembre de 2007. A pesar de no tener fuerza jurídica vinculante, su autoridad como herramienta jurídica interpretativa está reflejada en varias disposiciones tanto en el Tratado de la Unión Europea como en la propia Carta. En primer lugar, el tercer párrafo del artículo 6.1 dispone: “Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. En segundo lugar, en el Preámbulo de la CDFUE se declara: “los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”. Por último, el artículo 52.7 establece: “Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. Las Explicaciones, en la parte dedicada a la interpretación del apartado 3 del artículo 52, elaboran dos listas de disposiciones: (i) artículos de la Carta cuyo sentido y alcance son idénticos a los de los artículos correspondientes del CEDH y (ii) artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio.

<sup>626</sup> Conviene señalar que el artículo 52 ha sido el que más alteraciones ha sufrido respecto al texto original acordado en Niza en el año 2000, como bien explica Araceli Mangas en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (coord.) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea... op. cit.* p.829.

<sup>627</sup> Explicaciones de la Carta, sobre el párrafo 3º del artículo 52: “El apartado 3 pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH sentando la norma de que, en la medida en que los derechos de la presente Carta corresponden también a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance, incluidas las limitaciones que se admiten, son los mismos que prevé el CEDH. De ello resulta, en particular, que el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deba respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH, que se aplican por consiguiente a los derechos contemplados por este apartado, *sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*” (énfasis añadido)

para las instituciones de la Unión<sup>628</sup>. En la misma línea, Jacqué considera que, sobre la base de esta disposición, el contenido material del CEDH ha sido incorporado al Derecho de la Unión<sup>629</sup>. El antiguo juez del TJUE, Christiaan Timmermans, afirma que, en virtud del artículo 52.3, actualmente el Convenio no sólo forma parte del Derecho de la Unión sino que se trata de Derecho primario, ostentando un estatus superior al resto de tratados internacionales concluidos por la Unión, que se situarán entre el Derecho primario y el secundario<sup>630</sup>. Rafael Marín coincide con esta perspectiva pero no lo considera una consecuencia actual del artículo 52.3 de la Carta sino como un efecto que sólo traerá consigo la adhesión<sup>631</sup>.

Además de la incertidumbre que reina en torno cuáles son las consecuencias del artículo 52.3, se suma el hecho de que la Carta no dota exactamente el mismo contenido a los derechos civiles y políticos coincidentes con los del Convenio, sino que ofrece una protección mayor<sup>632</sup>. Asimismo, el hecho de que, en virtud de aquella disposición, el Convenio será el estándar mínimo, permite que tanto las instituciones europeas como las nacionales cuando apliquen el Derecho de la Unión puedan desviarse de la interpretación dada por la jurisprudencia de Estrasburgo y dotar de una protección más extensa. Así, la homogeneidad de la protección de los derechos humanos en Europa puede verse

---

<sup>628</sup> WEISS, W. "Human Rights in the EU..." *op. cit.* p.69-70

<sup>629</sup> JACQUÉ, J.P. "The accession of the European Union..." *op. cit.* p.1000.

<sup>630</sup> TIMMERMANS, C. Will the Accession of the EU to the European Convention on Human Rights fundamentally change the relationship between the Luxemburg and the Strasbourg Court? Distinguished Lecture, Speech delivered at the 'Judicial Cooperation in Private Law' CJC Conference (15-16/04/13), Centre for Judicial Cooperation, European University Institute, 2013/2014, p.11: "This means that already now the Convention, as to the substance of fundamental rights, is a part of EU law and even of primary law, the Charter forming part of the Treaty. Consequently, this unilateral commitment confers on the Convention rights a higher status than would normally be the case with regard to treaties concluded by the Union by virtue of Article 216 (2) FEU. These treaties rank somewhere in between primary and secondary EU law." En cambio, Paul Gragl considera que el Convenio no podría ser considerado Derecho Primario en virtud del artículo 52.3 de la Carta ni siquiera tras la adhesión: "The Convention thus merely constitutes the bottom threshold of human rights protection in the EU, without adversely affecting the autonomy of Union law, nor becoming primary law after accession", GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* *op. cit.* p. 100

<sup>631</sup> MAR N A S, Rafael "La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma..." *op. cit.* p.247: "Resulta de especial interés en este sentido la disposición horizontal del artículo 52.3 CDFUE, puesto que la CDFUE tiene idéntico valor jurídico al Derecho originario y sus artículos deben recibir como mínimo el contenido otorgado a los correspondientes artículos del CEDH según la jurisprudencia del TEDH, en sustancia el CEDH tendría en el ordenamiento de la Unión un valor jurídico superior al que corresponde al resto de acuerdos internacionales concluidos por la Unión: el CEDH no solo tendría un valor jurídico superior al Derecho derivado, sino que estaría equiparado en sustancia al Derecho originario"

<sup>632</sup> Por ejemplo, en lo relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial recogido en el artículo 47 de la Carta y en lo referente al derecho a contraer matrimonio recogido en el artículo 9, ROZAKIS, C. "The accession of the EU to the ECHR and the Charter of Fundamental Rights: Enlarging the Field of Protection of Human Rights in Europe" en KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p.329.

amenazada y la adhesión se presenta como el mejor antídoto a esta posible fragmentación<sup>633</sup>.

#### **2.2.2.2. La interpretación de los derechos coincidentes en la Carta y en el Convenio en virtud del artículo 52.3 de la Carta**

Es una cuestión pacífica que, de conformidad con el artículo 52.3, el TJUE deberá tener en cuenta el CEDH al interpretar los derechos establecidos en la Carta que sean coincidentes con derechos del Convenio. La reflexión que plantea buena parte de la doctrina es hasta qué punto el TJUE estaría vinculado por la jurisprudencia del TEDH al interpretar esos derechos<sup>634</sup>, ya que el artículo 52.3 hace referencia al Convenio, pero no dice absolutamente nada respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>635</sup>. Y ésta es una cuestión crucial ya que tan importante como el reconocimiento de un derecho en un instrumento normativo es la interpretación que haga del mismo el tribunal competente.

Las Explicaciones de la Carta establecen que “el sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. La referencia a este último Tribunal puede causar confusión respecto al significado del peso del Tribunal de Estrasburgo<sup>636</sup>. Como reconoce

---

<sup>633</sup> *Idem*.

<sup>634</sup> Como explica Weiss: “The incorporation of core rules of the Convention raises the intricate question whether the ECJ is now also technically bound by the decisions of the ECtHR interpreting the incorporated Convention rules, to the effect that the ECJ is legally obliged to interpret the corresponding Charter provisions in the same way. If so, ECtHR case-law would have become binding on the ECJ and would deprive the ECJ of any flexibility about adopting a divergent interpretation of an incorporated Convention right” en WEISS “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p.80; Busby y Zahn también reflexionan sobre esto: “Article 52 (3) of the Charter of Fundamental Rights (CFR) which provides that the ECHR will provide the minimum standard of human rights applicable under EU law, does not provide that the CoJ will be bound by the ECtHR’s case law in areas of overlap, giving rise to the possibility of jurisdictional conflict or convergence” en BUSBY, N. & ZAHN, R. “The EU’s Accession to the ECHR: Conflict or Convergence of Social Rights?” Paper to be presented at the UACES Annual Conference, Leeds, 2-4 September 2013, p.3; Del mismo modo, Tobias Lock se pregunta: “Having established that Article 52(3) of the Charter makes the ECHR the minimum standard when interpreting provisions of the Charter that correspond to those of the ECHR, the question arises whether the interpreter of such provisions is also bound by the ECtHR’s case law regarding those rights”, en LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p. 383.

<sup>635</sup> Tobias Lock explica que en el seno de la Convención encargada de la redacción de la Carta, hubo varios intentos de incluir una referencia explícita a la jurisprudencia del TEDH, pero fue imposible encontrar un consenso respecto a la misma. LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p. 385.

<sup>636</sup> WEISS, W. “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p. 81. Conviene señalar además que la referencia al Tribunal de Luxemburgo tan sólo se incluyó en el último borrador de las Explicaciones a la Carta, como

Ángel Chueca: “Encontramos en este párrafo un problema no menor: El sentido y alcance de los derechos los determina la jurisprudencia, pero no del Tribunal de Estrasburgo sino la de ambos Tribunales. Esta explicación no puede considerarse afortunada”<sup>637</sup>. Asimismo, el párrafo 5º del Preámbulo de la Carta declara: “la presente Carta reafirma (...) los derechos que emanan, en particular (...) de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Sin embargo, no aporta ninguna claridad a esta cuestión<sup>638</sup>. Por su parte, los presidentes de ambos tribunales afirmaban, en un comunicado conjunto en enero de 2011, la importancia de asegurar la coherencia entre el Convenio y la Carta y declaraban que, para ello, sería útil realizar una “interpretación paralela” de ambos instrumentos normativos<sup>639</sup>.

En esta disyuntiva sobre si, en virtud del artículo 52.3, el TJUE está vinculado o no por la interpretación que realiza el TEDH de los derechos de la Carta que corresponden a los del Convenio<sup>640</sup>, parte de la doctrina se inclina por la primera opción. Éste es el caso de Weiss, que afirma que al incorporar disposiciones del CEDH también se ha incorporado de forma simultánea la jurisprudencia del TEDH, dado que sus decisiones interpretan las normas del Convenio con autoridad<sup>641</sup>. Además, este autor afirma que una incorporación “estática” del Convenio contradiría la naturaleza de éste como un “instrumento vivo”<sup>642</sup>,

---

explica Alonso García, y que podría ser interpretado como una reafirmación de la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario cuando se trata de absorber conceptos del Convenio, en ALONSO GARCÍA, R. “The General Provisions of the Charter...” *op. cit.* p.499, pie de página 36.

<sup>637</sup> CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos...” *op. cit.* p. 53.

<sup>638</sup> Como escribe Braibant, nos encontramos ante un preámbulo “más indicativo que imperativo, más literario que jurídico”, BRAIBANT, G.; “La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne” *op. cit.*

<sup>639</sup> Declaración Conjunta de los Presidentes Costa and Skouris, 17 enero 2011, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf) párrafo 1: “It is thus important to ensure that there is the greatest coherence between the Convention and the Charter insofar as the Charter contains rights which correspond to those guaranteed by the Convention. Article 52(3) of the Charter provides moreover that, in that case, the meaning and scope of the rights under the Convention and the Charter are to be the same. In that connection, a “parallel interpretation” of the two instruments could prove useful.”

<sup>640</sup> El hecho de que el TJUE se inspira en la jurisprudencia del TEDH es un hecho probado, como se explicará en el epígrafe siguiente, pero el interrogante que se plantea es si está obligado a seguir o no aquella tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>641</sup> Weiss explica que la interpretación que realiza el TEDH en un caso es vinculante para las partes en la disputa, en virtud del artículo 46.1 CEDH, pero tiene además un efecto *de facto quasi ergo-omnes* más allá del caso individual porque las observaciones que hace el TEDH son aplicables a situaciones comparables en todos los Estados Parte y el TEDH tiene autoridad interpretativa, en WEISS “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p.81.

<sup>642</sup> La caracterización del Convenio como un “instrumento vivo” así como la de la jurisprudencia del TEDH como una realidad dinámica que debe ir adaptándose a los tiempos es un argumento importantísimo que el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado en numerosas ocasiones. Véase como ejemplos la decisión del TEDH de 25 de abril de 1978, en el caso *Tyler*, nº de solicitud 5856/72, párrafo 31, la sentencia de la Gran Sala de 15 de marzo de 2002 en el caso *Austin et autres c. Royaume-Uni*, nº de solicitud 39692/09, 40713/09 y 41008/09, párrafo 53, la sentencia de 19 de febrero de 2013 en el caso *X. and Others v Austria* nº de solicitud

que evoluciona a medida que la jurisprudencia progresa. Por ello, Weiss sostiene que una interpretación teleológica del artículo 52.3 nos lleva a concluir que la jurisprudencia del TEDH tendría fuerza interpretativa vinculante sobre el TJUE<sup>643</sup>. Araceli Mangas considera que el mandato del artículo 52.3 está “dirigido a todos los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios, con el fin de tener en cuenta el CEDH y la interpretación del Tribunal de Estrasburgo”<sup>644</sup>. El juez Timmermans sostiene que en tanto en cuanto el Convenio forma parte en la actualidad del Derecho primario de la Unión, también debe incluirse la interpretación que hace Estrasburgo de los derechos coincidentes. Es más, Timmermans llega a afirmar que, desde el 1 de diciembre de 2009 – fecha en que entró en vigor el Tratado de Lisboa – la Unión Europea se ha vinculado de forma unilateral a la jurisdicción de Estrasburgo<sup>645</sup>. Por su parte, Koen Lenaerts y Eddy de Smitjer manifiestan sin fisuras: “*When applying provisions of the Charter, the Court of Justice will therefore be obliged to take over the interpretation given by the European Court of Human Rights to corresponding rights guaranteed by the ECHR*”<sup>646</sup>. Según Giuseppe Martinico y Luis Gordillo, aunque no figure en la redacción del artículo 52.3, la jurisprudencia del TEDH debería entenderse incluida en esta disposición, ya que este tribunal “interpreta y llena de contenido los derechos del CEDH”<sup>647</sup>. Ambos autores consideran que la redacción actual, al exigir una interpretación idéntica<sup>648</sup>, plantea dificultades importantes, sobre todo, en aquellos campos en los que la jurisprudencia de Estrasburgo no sea muy clara o no esté consolidada<sup>649</sup>. Asimismo, afirman que esta situación podría dar lugar a un incremento del número de cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los derechos establecidos en la Carta, lo cual, a su vez, aumentaría el riesgo de interpretación divergente entre el TJUE y el TEDH, en tanto no se produzca la

---

19010/07, párrafo 139. Según Lawson, es precisamente la naturaleza dinámica de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo lo que ha dotado al Convenio de su carácter distintivo, en LAWSON “Confusion and Conflict?...” *op. cit.* p.233.

<sup>643</sup> WEISS “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p.81

<sup>644</sup> MANGAS MARTÍN, A. (dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L.N. (coord.) “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea...” *op. cit.* p.846.

<sup>645</sup> TIMMERMANS, C. “Will the Accession of the EU to the European Convention...” *op. cit.* p.11: “Moreover, in so far as the Convention may now be considered a part of EU primary law, this will also have to imply the interpretation given by the Strasbourg Court to these corresponding rights. The recitals of the Charter and its explanations seem to confirm this by explicitly referring to the case law of the ECtHR. So, one might say that as from December 1st 2009 the EU has made itself subject (again: unilaterally) to the jurisdiction of the Strasbourg Court.” (Énfasis añadido)

<sup>646</sup> LENAERTS, C. and de SMIJTER, E. ‘The Charter and the Role of the European Courts’ *op. cit.* p.99.

<sup>647</sup> MARTINICO G. y GORDILLO, L. “La jurisprudencia federalizante y humanizadora...” *op. cit.* p. 466.

<sup>648</sup> En versiones previas se hablaba de un sentido y alcance “similares”. Charte 4423/00, Convent 46, 31 julio 2000.

<sup>649</sup> MARTINICO G. y GORDILLO, L. “La jurisprudencia federalizante y humanizadora...” *op. cit.* p. 466.

adhesión. Por ello declaran que: “la coherencia y la armonía entre la Carta y el CEDH sólo estaría verdaderamente garantizada con la esperada y parece que cercana adhesión de la UE al Convenio”<sup>650</sup>.

Otra parte de la doctrina considera que el TJUE no estaría vinculado actualmente por la jurisprudencia del TEDH al interpretar derechos correspondientes al CEDH, en virtud del artículo 52.3 de la Carta, sino que ése sería un efecto de la adhesión. Así se pronuncia Hermida del Llano: “no podemos ignorar que la adhesión comunitaria al Convenio implicaría la aplicación en Derecho Comunitario del CEDH propiamente dicho (...) de tal modo que se incorporaría también la interpretación que de sus normas realiza el TEDH”<sup>651</sup>. Eckes también considera que, una vez que la Unión se adhiera al Convenio, estará vinculada por la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>652</sup>. Douglas-Scott se posiciona en contra de que el TJUE esté vinculado actualmente por la jurisprudencia del TEDH, alegando que ni éste está obligado a seguir sus propias sentencias ni el Convenio prevé que los tribunales nacionales de los Estados Parte lo estén<sup>653</sup>. Llopis Nadal se manifiesta en un sentido similar: “la idea de ausencia de vinculación jurídica de la jurisprudencia del TEDH se refuerza por el hecho de que los Tribunales internacionales no siguen la doctrina del precedente, así como por el hecho de que, mientras no se produzca la adhesión de la Unión al Convenio, no habrá una instancia por encima del TJUE que compruebe este respeto –en otras palabras, a falta de adhesión, aunque el TJUE no respete las interpretaciones del Convenio realizadas por el TEDH, su actuación no podrá ser objeto de recurso ante ninguna jurisdicción-“. En la misma línea, Tobias Lock sostiene que ni la redacción ni la historia sobre la redacción de la Carta apuntan a una vinculación estricta de la jurisprudencia del Estrasburgo<sup>654</sup>. Además, aduce un argumento interesante: ese deber de seguir la interpretación del TEDH sería ajeno al Derecho de la Unión Europea, ya que las decisiones del TJUE sólo son vinculantes *inter partes*. El deber de vinculación

---

<sup>650</sup> *Ídem*

<sup>651</sup> HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p. 197.

<sup>652</sup> ECKES C., ‘EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation’ *Modern Law Review*, pp. 254-285, p. 258: “EU accession to the ECHR (...) will change the formal influence of the Convention on EU law and in this regard it will be an illustrative example of the influence that international adjudicative bodies may have on the EU legal order. *The EU will be directly bound under international law by the ECHR and therefore by the interpretation given to it by the ECtHR*. This feeds into the Court of Justice’s long-standing concern with its own judicial autonomy” (énfasis añadido). Véase también p.279: “After accession, as we have seen the ECtHR’s decisions will be formally binding on the Union as a matter of international law”.

<sup>653</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. “The Relationship between the EU and the ECHR...” *op. cit.* p.18.

<sup>654</sup> LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.385.

a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo implicaría un gran cambio en el Derecho de la Unión, ya que introduciría la doctrina del *stare decisis*, propia del Derecho anglosajón<sup>655</sup>. Según Lock, si se hubiese querido realizar tal cambio de paradigma se habría incluido expresamente una disposición en la Carta<sup>656</sup>. De acuerdo con este autor, tras la adhesión, el Tribunal de Luxemburgo sí estaría obligado a seguir la jurisprudencia de Estrasburgo pero sólo en los casos en los que la Unión fuera parte en el proceso<sup>657</sup>. Para alcanzar esa conclusión, Lock se basa en lo que estableció el propio TJUE en el Dictamen 1/91<sup>658</sup>.

El propio Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado en un caso significativo *J. McB. y L. E.*<sup>659</sup>. En este asunto, el TJUE afirmó que debe darse al artículo 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al artículo 8 del CEDH, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>660</sup>. Asimismo,

---

<sup>655</sup> LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.385: “There is also a further, more general argument against the assumption that the ECtHR’s case law should be binding on the ECJ: such a duty would be alien to European Union law. Court decisions under EU law are only binding *inter partes*. A duty to generally follow the case law of the ECtHR would implicate a great change in EU law, as it would basically introduce a doctrine of *stare decisis* as is typical for the common law. Were the ECJ to follow the case law of the ECtHR, the doctrine would go even further than normal as it would mean that a court of one legal order (the ECJ) would be bound by the decisions of a court of another legal order (the ECtHR).”

<sup>656</sup> LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.386.

<sup>657</sup> LOCK, T. “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.396-397: “A further question is whether an accession by the EU to the ECHR could lead the ECJ to apply its famous dictum in Opinion 1/91 for the first time, thus making the ECtHR’s case law binding for the ECJ (...) the ECJ is only bound by an interpretation of an international agreement rendered in cases where the EU was a party to the proceedings. Regarding the ECHR, this is evidenced by Article 46 ECHR, which shows that the decisions of the ECtHR are only binding *inter partes*. Therefore, *the ECJ is only bound by those decisions to which the EU was a party*. It follows that where the ECtHR finds that the EU has violated the rights guaranteed in the ECHR, the ECJ will be bound by that decision when interpreting provisions of the ECHR in a subsequent case dealing with the same issue.” (énfasis añadido)

<sup>658</sup> Dictamen del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991, 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, párrafo 39: “Where, however, an international agreement provides for its own system of courts, including a court with jurisdiction to settle disputes between the Contracting Parties to the agreement, and, as a result to interpret its provisions, *the decisions of that court will be binding on the Community institutions, including the Court of Justice*. Those decisions will also be binding in the event that the Court of Justice is called upon to rule, by way of preliminary ruling or in a direct action, on the interpretation of the international agreement, in so far as that agreement is an integral part of the Community legal order” (énfasis añadido); El CEDH cumpliría los requisitos establecidos por el Tribunal en el Dictamen 1/91, ya que se trata de un tratado internacional con su propio tribunal. Una vez que la Unión se adhiera al Convenio de Roma, éste sería vinculante y formaría a ser parte integrante de su ordenamiento jurídico. Como explica Lock, está claro que la Unión Europea, y sus instituciones – entre ellas, el TJUE –, estarían vinculadas por las decisiones del TEDH, como intérprete del CEDH. Lo que no estaría tan claro, según este autor, es hasta qué punto serían vinculantes. Es en este punto donde Lock realiza un sesudo razonamiento jurídico para llegar a la conclusión de que sólo vincularían cuando la Unión fuera parte en el proceso. LOCK, T. “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.397

<sup>659</sup> Sentencia de 5 de octubre de 2010, *J. McB. y L. E.*, C-400/10, ECLI:EU:C:2010:582. Para un buen análisis de este caso, véase MORANO-FOADI, S. and ANDREADAKIS, S. “Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights” *European Law Journal*, Vol. 17, No. 5, September 2011, pp. 595–610, p.602 y ss.

<sup>660</sup> Apartado 53 de la sentencia *J. McB y L.E.*

en el asunto *DEB*<sup>661</sup> el Tribunal dictaminó que el artículo 47.3 de la Carta<sup>662</sup> debía ser interpretado “a la luz de (...) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”<sup>663</sup>. De la misma forma, el Tribunal afirmaba en el asunto *Arango Jaramillo*<sup>664</sup>, en cuanto a la interpretación del artículo 6.1 del Convenio, que “procede referirse” a la jurisprudencia del TEDH “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta”<sup>665</sup>. También conviene hacer referencia a las conclusiones de la Abogada General Sharpston en el asunto *Gascogne*<sup>666</sup>: “Con arreglo al artículo 52, apartado 3, de la Carta, al corresponder los derechos garantizados por el artículo 47 a derechos garantizados por el CEDH, deben interpretarse su sentido y alcance a la luz de los artículos 6 CEDH, apartado 1, y 13 CEDH. Por tanto, a la hora de interpretar dichos preceptos, deberán aplicarse los criterios desarrollados por el Tribunal de Estrasburgo (...)”. Asimismo, el TJUE estableció en la sentencia *Abdida* - dictada precisamente el mismo día que el Dictamen 2/13 – que “debe atenderse” a la jurisprudencia del TEDH para interpretar el artículo 19.2 de la Carta<sup>667</sup>. Más recientemente, en el caso *Lanigan*, el Tribunal de Luxemburgo también hizo referencia al artículo 52.3 CEDH y aplicó la jurisprudencia del TEDH para establecer los límites de la detención en los casos de extradición<sup>668</sup>.

---

<sup>661</sup> Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *DEB* c. Alemania, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811.

<sup>662</sup> Párrafo 3º del artículo 47 de la Carta: “Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

<sup>663</sup> Apartados 36 y 37 de la sentencia *DEB*: “Por lo que se refiere más concretamente al artículo 47, apartado 3, de la Carta (...) es necesario interpretar esta disposición en su contexto, a la luz de las demás normas del ordenamiento de la Unión, del Derecho de los Estados miembros y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”

<sup>664</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, *Arango Jaramillo*, C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134 que tiene por objeto el reexamen, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 256 TFUE, apartado 2, párrafo segundo, de la sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2012, *Arango Jaramillo* y otros/BEI (T-234/11 P).

<sup>665</sup> Apartado 43 de la sentencia *Arango Jaramillo*. En la versión en inglés, cobra más fuerza el carácter imperativo de la referencia a la jurisprudencia del TEDH: “According to the case-law of the European Court of Human Rights on the interpretation of Article 6(1) of the ECHR, to which reference must be made in accordance with Article 52(3) of the Charter, the ‘right to a court’ is not absolute” (énfasis añadido)

<sup>666</sup> Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston, presentadas el 30 de mayo de 2013, en el asunto C-58/12 P *Groupe Gascogne SA* contra Comisión, ECLI:EU:C:2013:360, apartado 72.

<sup>667</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2014 asunto *Abdida*, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, párrafo 47. Véanse también los apartados 51 y 52 de esta sentencia, donde hace referencia al artículo 13 del CEDH y a la jurisprudencia del TEDH en esta materia.

<sup>668</sup> Sentencia de 16 de julio de 2015, *Lanigan*, C-237/15 ECLI:EU:C:2015:474, apartados 56 y 57. Véase un comentario a esta sentencia en: PEERS, S. “Free at last? Detention, the European Arrest Warrant and Julian Assange” *EU law analysis*, 5 de febrero de 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/free-at-last-detention-european-arrest.html> (último acceso: 22 de diciembre de 2016)



No obstante, estos son ejemplos singulares en los que el Tribunal ha declarado que debe seguir la jurisprudencia de Estrasburgo en ciertos preceptos concretos, pero no ha realizado ninguna manifestación general declarando expresamente estar sujeto de forma sistemática a la interpretación de los derechos realizada por aquél. La referencia expresa a la jurisprudencia del TEDH no está siempre presente en las sentencias de Luxemburgo – tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y por tanto, siendo el artículo 52.3 de la Carta jurídicamente vinculante –. Sirva como ejemplo el caso *Akzo Nobel*, donde la Abogada General Kokott se refería expresamente en sus conclusiones a la jurisprudencia de Estrasburgo y al artículo 52.3 de la Carta<sup>669</sup>, mientras que el TJUE no hizo mención alguna a aquélla ni a esta importante disposición<sup>670</sup>. Asimismo, hay ámbitos en los que el TJUE no ha seguido exactamente la interpretación de Estrasburgo respecto de derechos de la Carta coincidentes con el Convenio<sup>671</sup>. Éste es el caso del derecho a no contribuir contra la propia incriminación<sup>672</sup> o del derecho a la igualdad de armas donde Luxemburgo tiene una aproximación diferente a la del TEDH<sup>673</sup>. De igual forma, en materia de derecho de asilo, subsisten divergencias muy significativas en la interpretación por parte de ambos tribunales de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes<sup>674</sup>, derecho recogido en el artículo 4 de la Carta y coincidente con el artículo 3 del CEDH, como veremos en el Capítulo III. Por tanto, puede afirmarse que, en la actualidad, no está claro si el TJUE está vinculado por las decisiones del TEDH al interpretar los derechos de la Carta coincidentes con el CEDH<sup>675</sup>.

---

<sup>669</sup> Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-550/07 P *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea*, presentadas el 29 de abril de 2010, ECLI:EU:C:2010:229, apartados 141 y ss.

<sup>670</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión*, C-550/07 P ECLI:EU:C:2010:229.

<sup>671</sup> Es muy ilustrativo que Denys Simon se refiere a las divergencias en la interpretación de los derechos por parte de ambos tribunales como “incidents de frontières”, en SIMON, D. “Des influences reciproques entre CJCE et CEDH...” *op. cit.* p.44

<sup>672</sup> PENNICKX, E. “Le principe de Bosphorus survivra-t-il à l’adhésion...” *op. cit.* p.30 y ss

<sup>673</sup> Existen importantes divergencias entre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de junio de 2001 en el asunto *Kress v. France*, solicitud nº 39594/98 y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 6 de noviembre de 2012, *Otis*, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684.

<sup>674</sup> Véase sobre las divergencias en la interpretación de este derecho en materia de asilo por parte del TJUE y el TEDH: VICINI, G. “The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: Reshaping Non-refoulement in the name of mutual trust?” *European Journal of Legal Studies*, Volume 8, Issue 2, Winter 2015.

<sup>675</sup> Sobre esta falta de certeza y la variabilidad del TJUE en sus decisiones en cuanto a las referencias al TEDH, interesa señalar las palabras de Sara Iglesias Sánchez: “This gives the impression that the “[methodological] change demanded by Lisbon” has a variable impact depending on the existence of already well-established case law, the complexity of the issue or the readiness and clarity of EU rules”, IGLESIAS SÁNCHEZ, S. “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon

Sin embargo, no hay duda alguna de que, una vez que la Unión se adhiera al Convenio, el Tribunal sí estará vinculado por la jurisprudencia de Estrasburgo, como reconoce expresamente el propio TJUE en el Dictamen 2/13: “es ciertamente inherente al concepto mismo de control externo que, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH vincularía, en virtud del Derecho internacional, a la Unión y a sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia”<sup>676</sup>. Conviene aclarar que esta vinculación sería unidireccional, ya que, a la inversa, el TEDH no estaría obligado a seguir la interpretación que Luxemburgo hiciera de los derechos consagrados en la Carta, como señala a continuación en el mismo párrafo del Dictamen: “por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por dicho Convenio no vincularía a los mecanismos de control establecidos por éste, y muy especialmente, al TEDH”.

Podemos concluir este apartado afirmando que el párrafo 3 del artículo 52 no resuelve todos los problemas de coherencia normativa que pretendía<sup>677</sup>. Como señala Ángel Chueca: “a pesar de las Explicaciones del Consejo, a pesar de las dos listas en las que se establece la correspondencia entre las normas de la Carta y las del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la inseguridad jurídica subsiste a través de esta doble interpretación de las normas del Convenio Europeo citado”<sup>678</sup>. Consideramos que la adhesión de la Unión al Convenio va a permitir revertir esta situación, homogeneizando el régimen de los derechos en Europa, al establecer un común denominador con relación a aquellos que sean aplicables a todos los ciudadanos que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte en el CEDH<sup>679</sup>, y al despejar cualquier duda respecto de que el Tribunal de Luxemburgo deberá seguir la interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo de los derechos del Convenio coincidentes con los de la Carta. Como afirma Callewaert, lo

---

Treaty in the ECJ’s approach to fundamental rights”, *Common Market Law Rev.* nº 49, 2012, p.1565-1612, p. 1604.

<sup>676</sup> Apartado 185 del Dictamen 2/13.

<sup>677</sup> CHERUBINI, F. “The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in the View of the Accession” *German Law Journal*, Vol. 16 nº 6 2015, p.1375-1386, p.1380: “Article 52(3) of the Charter does not guarantee with absolute certainty the complete consistency of the jurisprudence of the CJEU with that of the ECtHR”.

<sup>678</sup> CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos...” *op. cit.* p.55.

<sup>679</sup> Es importante destacar, como señala Juana Goizueta, que ese núcleo común de derechos es aplicable a todos los ciudadanos de la Unión a diferencia de los derechos de la Carta, “puesto que no se prevén regímenes excepcionales para uno o varios Estados en cuanto a la adhesión al CEDH, como sí ocurre en el caso de la Carta de DFUE” en GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea...” *op. cit.* p.109. Como afirma Ryngaert, la adhesión supondrá pasar de un cambio de la aplicación de un estándar de protección de derechos “equivalente” a un estándar de protección de derechos “idéntico”. RYNGAERT, C. “The European Court of Human Rights’ Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations”, *International and Comparative Law Quarterly* , 60, 4, 2011, p. 997.

que está en juego con la adhesión es la propia concepción europea de derechos humanos, que se mide por la capacidad de todos los europeos de adherirse a un mismo catálogo de derechos fundamentales mínimos e inequívocos<sup>680</sup>. En suma, la integración de la Unión en el Convenio contribuirá a dotar una mayor coherencia a la relación entre ordenamientos jurídicos y a apuntalar la elevada “densidad normativa” existente en el continente europeo<sup>681</sup>.

### **2.2.3. Coherencia jurisdiccional entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Es abundante la literatura sobre la interacción entre el TJUE y el TEDH, que ha vivido fases de amor y de odio, de cooperación y de competición, de diálogo y de enfrentamiento<sup>682</sup>. Pocos temas en el Derecho europeo habrán recibido tantísima atención por parte de la academia<sup>683</sup>, probablemente por el hecho de que ambos tribunales han tenido un papel esencial en la defensa de los derechos fundamentales en Europa<sup>684</sup>. A efectos del presente trabajo, nos interesa primordialmente determinar cómo la adhesión afectaría a la relación entre ambas jurisdicciones. Por esa razón, consideramos necesario

---

<sup>680</sup> CALLEWAERT, J. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.12.

<sup>681</sup> GORDILLO PÉREZ, L. I., “Un paso más hacia la estabilización...” *op. cit.* p.191.

<sup>682</sup> Véase, por ejemplo: BUSTOS GISBERT, R. “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos : una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. *Integración europea a través de Derechos Fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009; DE WITTE, B. “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, in ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, p. 859; SPIELMANN, D. “Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies and Complementarities”, en ALSTON, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999, p. 757; TIMMERMANS, C. “The relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, en ARNULL, A. *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2011, pp. 151-160. Sobre la relación entre ambos tribunales, es muy ilustrativa la frase que Denys Simon incluye en el título de su obra ya citada de forma reiterada a lo largo del presente trabajo: “Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH: *je t’aime, moi non plus*”.

<sup>683</sup> Como señala Denys Simon: “La débat sur les relations réciproques des Cours Luxembourg et de Strasbourg apparaît à première vue comme l’un de ces thèmes récurrents sur lesquels tout a été dit, et souvent répété à l’envi, dans des publications cédant généralement au charme discret de l’autocitation, dans des thèses aussi subtiles que redondantes, ou dans des colloques aussi savants qu’inutiles.” en SIMON, D. “Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH...” *op. cit.* p. 31

<sup>684</sup> Interesa destacar aquí las palabras de Martín Pérez y Nanclares respecto de los tribunales internacionales en general: “Hoy día resulta del todo punto imposible comprender adecuadamente el alcance material de la protección de los derechos fundamentales en un concreto ordenamiento jurídico nacional sin encuadrarlo a la vez en el marco que conforman los tribunales internacionales encargados de la protección de los mismos” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La adhesión de la Unión Europea al CEDH...” *op. cit.* p.2. Respecto al papel concreto del TJUE y el TEDH, conviene señalar las palabras de Douglas-Scott: “The strength of human rights protection in Europe today derives partly from their enforcement by Europe’s transnational courts” en DOUGLAS SCOTT, S. “A tale of two Courts...” *op. cit.* p. 631.

realizar, en primer lugar, y sin ánimo de exhaustividad, un breve examen de esta interrelación para posteriormente evaluar cómo la integración de la Unión en el Convenio de Roma podría incrementar la coherencia entre los dos tribunales supranacionales del continente europeo.

### **2.2.3.1. La relación entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo antes de la adhesión**

#### **2.2.3.1.1. Una historia de cooperación y enfrentamiento**

Éranse una vez dos tribunales, uno emplazado en Luxemburgo en el seno de las Comunidades Europeas y otro situado en Estrasburgo, como mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>685</sup>. Ambos tenían ámbitos materiales de actuación absolutamente diferenciados – el TJUE se encargaba de cuestiones referentes a la integración política y económica y el TEDH de la protección de derechos humanos - lo cual hacía que la situación fuera sencilla<sup>686</sup>. No obstante, en cuanto el Tribunal de Luxemburgo se vio ante la necesidad de pronunciarse sobre cuestiones de derechos fundamentales, las referencias al Convenio de Roma, y al Tribunal de Estrasburgo eran inevitables<sup>687</sup>. Así empezó la historia de la interacción entre ambas jurisdicciones que es, en gran medida, la historia de los derechos humanos en la Unión Europea<sup>688</sup>.

---

<sup>685</sup> DOUGLAS SCOTT, S. “A tale of two Courts...” *op. cit.* p.629: “Once upon a time, it seemed simple, there were two distinct ‘European’ courts: the ECJ in Luxembourg set up by the six founding members of EEC and ECHR in Strasbourg”

<sup>686</sup> Conviene destacar aquí la diferenciación entre ambos tribunales que realiza el Abogado General Poiares Maduro en sus conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008 en el asunto C-402/05 *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, apartado 37: “No obstante, subsisten importantes diferencias entre ambos Tribunales. La misión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Contratantes en virtud del Convenio. Aunque la finalidad del Convenio es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, está concebido para surtir primordialmente efectos como un acuerdo interestatal que crea obligaciones entre las Partes Contratantes en el ámbito internacional. (...) Confirma lo anterior el mecanismo del Convenio para garantizar su ejecución intergubernamental. (...) En cambio, el Tratado CE ha instaurado un ordenamiento jurídico autónomo, que genera directamente derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los individuos. La misión del Tribunal de Justicia es actuar como tribunal constitucional del ordenamiento jurídico específico que constituye la Comunidad. Por consiguiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia son únicos en cuanto a su competencia *ratione personae* y en cuanto a la relación de su respectivo sistema jurídico con el Derecho internacional público.”

<sup>687</sup> La primera vez que el Tribunal de Justicia emplea el Convenio Europeo de Derechos Humanos es en la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137. Conviene apuntar que el TJUE utiliza el Convenio a partir del momento en que no sólo éste se encontraba en vigor en el orden internacional (desde el 21 de septiembre de 1970), sino fundamentalmente a partir del momento en que todos los Estados miembros habían procedido a su ratificación, siendo Francia el último (3 de mayo de 1974).

<sup>688</sup> DOUGLAS SCOTT, S. “A tale of two Courts...” *op. cit.* p.630.

En efecto, las principales referencias para la protección de los derechos humanos por parte de la Unión han sido dos: por un lado, los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos – entre los que el Convenio reviste un “significado particular”<sup>689</sup> - y por otro, tradiciones constitucionales de los Estados miembros<sup>690</sup>. Por consiguiente, el TJUE ha bebido de ambas fuentes de inspiración (la jurisprudencia del TEDH que interpreta el Convenio<sup>691</sup> y las tradiciones constitucionales nacionales) para ir creando su propio *corpus iuris* en la materia. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo también se ha referido en ocasiones a la jurisprudencia de Luxemburgo, produciéndose una dinámica que varios autores ya han denominado de “fertilización cruzada”<sup>692</sup> u “ósmosis deliberada”<sup>693</sup>. Así, la circulación de razonamientos jurídicos se ha producido en ambos sentidos<sup>694</sup>, dando lugar a una fructífera interacción judicial<sup>695</sup>. Sin embargo, la relación entre ambos tribunales no ha sido siempre idílica ni lo es siquiera en la actualidad. En este sentido, el Abogado General Cruz Villalón proporciona una descripción muy ilustrativa, al considerar que puede aplicarse a la interacción entre ambas jurisdicciones – así como a la relación con los tribunales supremos nacionales – el “dilema del erizo”, ya que su trato recíproco está marcado por la atracción y por la repulsión<sup>696</sup>.

---

<sup>689</sup> El TJUE ha establecido reiteradamente, y concretamente en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, apartado 283: “Además, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, *el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. *El CEDH reviste en este contexto un significado particular* (véase en particular la sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros, C-305/05, Rec. p. I-5305, apartado 29 y jurisprudencia citada)” (énfasis añadido).

<sup>690</sup> Conviene precisar que en este capítulo sólo nos centraremos en la relación del TJUE con el TEDH, no con las jurisdicciones nacionales.

<sup>691</sup> VON BOGDANDY, A., KOTTMAN, M., ANTPÖHLER C., DICKSCHEN J., HENTREI, S., MAJA, S. “Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States” *Common Market Law Review* 49, 489–520, 2012, p.517: “the main reference point for EU fundamental rights was and will be the jurisprudence of the ECtHR”.

<sup>692</sup> Véase JACOBS, F. ‘Judicial Dialogue and the Cross-fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice’ *Texas International Law Journal* n° 38, 2003, 547; Scheeck habla de “fertilization croissée” en SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances?” en BRIBOSIA, E., SCHEECK, L. et UBEDA DE TORRES, A. *L'Europe des Cours, loyautés et résistances*, Bruxelles: Bruylant, 2010, p.44.

<sup>693</sup> SIMON, D. “Des influences réciproques entre CJCE et CEDH...” *op. cit.* p.33.

<sup>694</sup> Sobre las referencias tanto del TJUE al CEDH como del TEDH al Derecho de la Unión Europea durante los años 2010 y 2011, véase el interesantísimo estudio elaborado por los profesores Alejandro Saiz y Aida Torres para el Parlamento Europeo titulado “Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights” PE462.446, 2012, principalmente a partir de la p.97 y ss.

<sup>695</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La adhesión de la Unión Europea al CEDH...” *op. cit.* p.2

<sup>696</sup> Cruz Villalón emplea este concepto que Schopenhauer utilizaba para referirse a ciertos comportamientos humanos y lo aplicaba por analogía a la situación en que un grupo de erizos busca estar más cerca del otro

La interrelación entre el TJUE y el TEDH ha vivido distintas fases que, a grandes rasgos, podrían ser las siguientes<sup>697</sup>: (i) una primera etapa de desarrollo paralelo desde los años 50 a los 90 (ii) una segunda etapa de mayor interacción y de confrontación durante los años 90 y (iii) una tercera etapa de respeto y aproximación de jurisprudencia a principios del siglo XXI. Se trata de una relación en constante evolución, por lo que ha sido definida como “*a relationship in motion*”<sup>698</sup>.

Lo cierto es que ambos tribunales han ido avanzando a lo largo de su historia hacia un camino de mayor convergencia en la interpretación de los derechos. El TJUE se ha inspirado expresamente en la jurisprudencia del TEDH<sup>699</sup>, así como, a la inversa, Estrasburgo ha hecho lo mismo sobre lo decidido en Luxemburgo<sup>700</sup>. Es más, ambos

---

para compartir calor durante el frío invierno, mientras al mismo tiempo, tienen que estar separados, para no herirse con sus púas. CRUZ VILLALÓN, P. “Rights in Europe – The Crowded House” *op. cit.* p.5.

<sup>697</sup> FABBRINI and LARIK, J. “The Accession of the EU to the ECHR and its Effects: *Nada v. Switzerland*, the Clash of Legal Orders and the Constitutionalization of the ECtHR”, September, 2013, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2334905> (último acceso: 4 de enero de 2017) p. 12 y ss.

<sup>698</sup> Así la definió el Presidente del Tribunal Constitucional alemán, Andreas Voßkuhle. VOSSKUHL, A. “Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts”, discurso pronunciado en la apertura del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 31 de enero de 2014, p.45.

<sup>699</sup> Un claro ejemplo de es la importantísima sentencia del Tribunal de Justicia de 21 diciembre 2011, N.S. y M.E., C-411/10 y 493/10, ECLI:EU:C:2011:865 en el que el Tribunal se basó expresamente en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de enero de 2011, en el asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, nº 30696/09 para establecer que los Estados miembros no deben transferir demandantes de asilo a otros Estados en los que haya razones para temer que existen “deficiencias sistemáticas” en las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo que implican un trato inhumano o degradante. Así, el TJUE dio clara preferencia a los derechos fundamentales sobre las obligaciones de los Estados que emanan del Reglamento Dublin II (Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país). A pesar de que es evidente que el TJUE se inspiró en la jurisprudencia del TEDH para la resolución de este caso, conviene señalar que el enfoque no es exactamente el mismo, sino que subsisten divergencias, como se explicará en el Capítulo III. El TEDH examina cada caso de violación del CEDH, mientras que el TJUE considera que sólo las “deficiencias sistémicas” en el sistema de asilo del Estado miembro responsable serán justificación para rechazar el traslado de demandantes de asilo a éste. Así que, en ausencia de “violaciones sistemáticas”, los traslados deberán continuar. Así lo señala DOUGLAS-SCOTT, S. *The Relationship between the EU and the ECHR...*” *op. cit.* p.13. Véase un comentario de la sentencia *MSS* en MORGADES, S. “El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH. TEDH-Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), M.S.S. C. Bélgica y Grecia, 30696/09”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 41, enero/abril 2012, pp. 183-204). Para un análisis del caso *N.S. y M.E.* véase GARCÍA ANDRADE, P. “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE: comentario a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos *N.S. y M.E.*” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012; MATTERA, A. “Droits fondamentaux, principes et valeurs de l’Union Européenne. Quelques réflexions suite à l’arrêt du 21 décembre 2011. Affaires jointes C-411/10 et C-493/10, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº1, 2012, pp. 121-134.

<sup>700</sup> Como puede verse en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 2009 en el asunto *Scoppola*, nº de solicitud 10249/03, donde revoca su propia jurisprudencia al interpretar el principio de legalidad recogido en el artículo 7 del Convenio requiriendo la aplicación de la sanción más favorable refiriéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02, y C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270. También encontramos otro ejemplo de influencia en la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009,

tribunales no sólo se han inspirado en sus respectivas jurisprudencias, sino que también han reajustado – por no decir rectificado - la interpretación de los derechos basándose en las decisiones del otro tribunal<sup>701</sup>. Asimismo, conviene señalar un dato importante; los jueces de Luxemburgo se refieren prácticamente en exclusiva a la jurisprudencia del TEDH, mientras que los jueces de Estrasburgo sí hacen referencia a otros tribunales de derechos humanos<sup>702</sup>.

---

*Sergey Zolotukhin / Rusia*, demanda nº 14939/03, donde Estrasburgo consideró que el principio *ne bis in idem* prohibía el enjuiciamiento de una segunda “infracción” cuando derivaba de hechos sustancialmente idénticos, inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal de la Unión sobre el Acuerdo Schengen, principalmente la sentencia de 9 de marzo de 2006, Van Esbroeck, C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165.

<sup>701</sup> Hay dos ejemplos paradigmáticos: la protección del derecho al domicilio y el derecho a no declarar contra sí mismo. En cuanto al primer caso, Luxemburgo decidió en la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst c. Commission, C-46/87 y C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337, que el derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio no se aplicaba a las empresas, mientras que Estrasburgo consideraba que éstas sí que entraban en el ámbito de protección de ese derecho, como estableció en su sentencia del 16 de diciembre de 1992 en el caso *Niemitz v. Germany* no. 13710/88. Trece años después, el TJUE en su mítica sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, asunto C-94/00 ECLI:EU:C:2002:603, puso fin a la divergencia en la jurisprudencia de ambos tribunales en cuanto a la protección de este derecho, reconociendo que sí se extendía a la sede de las empresas y refiriéndose explícitamente a la jurisprudencia de Estrasburgo (párrafo 29). En cuanto al segundo ejemplo, Luxemburgo declaraba en la sentencia de 18 de octubre de 1989, Orkem c. Comisión, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387 que el derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio no comprendía un derecho a no declarar contra sí mismo – conviene apuntar que en ese momento no había jurisprudencia de Estrasburgo pronunciándose sobre ese aspecto en concreto -. El TEDH decidió lo contrario en la sentencia de 14 de mayo de 1994 en el asunto *Saunders c. United Kingdom* y lo confirmó posteriormente en la sentencia de 8 de febrero de 1996 *John Murray v. United Kingdom* y en jurisprudencia reiterada como la sentencia de 19 de septiembre de 2000, *Servès I.J.L. and Others v. United Kingdom*; En 2002, el TJUE decidió alinearse con esta jurisprudencia de Estrasburgo y considerar que el artículo 6 sí incluía el derecho a no declarar contra sí mismo en la sentencia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, ECLI:EU:C:2002:582. Para un análisis de los casos *Hoechst* y *Niemitz* véase LAWSON, R. “Confusion and conflict...” *op. cit.* p.242 y ss. Para un análisis exhaustivo de las divergencias en la jurisprudencia de ambos tribunales véase SCHEECK, L. “Solving Europe’s binary human rights puzzle...” *op. cit.* p.20 y ss.

<sup>702</sup> DE BURCA, G. “After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator? *Maastricht Journal of European and Comparative Law* n °20, 2013, p.183. Respecto a la referencia de otros instrumentos normativos, es curioso el dato que aporta De Burca en la p.177: a pesar de que el TJUE no cita fuentes jurídicas internacionales en materia de derechos humanos más allá del CEDH, los abogados generales, en cambio, sí que citan fuentes foráneas. Para sustentar su argumentación, De Burca cita tres estudios: HERZOG, P. ‘United States Supreme Court Cases in the Court of Justice of the European Communities’, 21 *Hastings International and Comparative Law Review* 4 (1998), p. 903; BAUDENBACHER, C. ‘Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?’, 38 *Texas Journal of International Law* 3, 2003, p. 505; FAIRCLOTH PEOPLES, L. ‘The Use of Foreign Law by the Advocates General of the Court of Justice of the European Communities’, 35 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 2, 2008, p. 218. Estos estudios encontraron referencias a fuentes internacionales (más allá del Derecho de la Unión y el del CEDH) en 49 dictámenes de los Abogados Generales durante el período 1980-2008. No es una cifra altísima considerando que se trata de un ámbito temporal de 28 años, pero sí que es relevante señalarlo habida cuenta de la exigua referencia del Tribunal a estas fuentes. Scheeck también habla de la escasa citación de otros instrumentos internacionales por parte del TJUE y lo muestra con un magnífico gráfico, en el que se pone de manifiesto la preponderancia del CEDH como referencia normativa de Luxemburgo, por encima de cualquier otra fuente, durante el período 1998-2005, en SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe...” *op. cit.* p. 17 y ss. Según Jacobs, es digno de mención el hecho de que el TJUE cite la jurisprudencia del TEDH de forma sistemática,

### 2.2.3.1.2. El enriquecimiento mutuo entre ambos tribunales

Varios autores consideran que este *raprochement* entre el TJUE y el TEDH no sólo da lugar a un beneficio notable de la protección de los derechos humanos, sino que además incrementa la legitimidad de ambos tribunales, así como su autonomía frente a los Estados miembros de la UE y a los Estados que forman parte del Consejo de Europa<sup>703</sup>. El juez Timmermans afirma que ambas jurisdicciones han servido de instrumento para reforzar sus respectivos ordenamientos jurídicos<sup>704</sup>. Scheeck habla de “diálogo estratégico” y considera que se trata de un “*co-operative binary puzzle*” en el que si uno intenta ganar al otro pierden los dos<sup>705</sup>. De esta forma, los jueces europeos de los tribunales internacionales han debido cooperar entre ellos construyendo un escudo común frente a las resistencias nacionales y erigiéndose como defensores de la integración europea<sup>706</sup>.

Esta idea cobra aún más fuerza si se tiene en cuenta que el mecanismo de control del CEDH se ha constituido en ocasiones como defensor de la primacía del Derecho de la Unión<sup>707</sup>. En efecto, en el asunto *Soc. Divagsa c. España*<sup>708</sup>, la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que el rechazo de un tribunal nacional de elevar una cuestión prejudicial ante el TJUE podía constituir una vulneración del derecho a un proceso

---

en contraposición con la jurisprudencia de otros tribunales que tan sólo cita en raras ocasiones, en JACOBS, F. “The European Convention on Human Rights...” *op. cit.* p.292. En cambio, a diferencia de las sentencias del TJUE, los pronunciamientos de Estrasburgo son muy ricos en referencias a otras fuentes relevantes de derechos humanos, no sólo a sentencias del TJUE y a disposiciones de la Carta de derechos fundamentales de la UE, sino también a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los Tribunales Supremos de Canadá y de la República de Sudáfrica, a organismos de Naciones Unidas y a un amplio abanico de otros instrumentos normativos del Consejo de Europa. DE BURCA, G. “After the EU Charter of Fundamental Rights...” *op. cit.* p.183. También conviene destacar que el órgano jurisdiccional al que más cita el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el Tribunal de Luxemburgo, LOCK, T. ‘The influence of EU law on Strasbourg Doctrines’, *European Law Review*, 2016, nº 6, p.804-825, p.811.

<sup>703</sup> O’MEARA N., “A more secure Europe of rights?...” *op. cit.* p.1815.

<sup>704</sup> TIMMERMANS, C. “Will the Accession of the EU to the European Convention...” *op. cit.* p.10.

<sup>705</sup> SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle...” *op. cit.* p.1.

<sup>706</sup> SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe...” *op. cit.* p.1.

<sup>707</sup> Aunque algunos jueces del Tribunal de Luxemburgo hayan percibido esta defensa como una “intrusión” del TEDH. Véase KROMMENDIJK, J. ‘The CJEU’s Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: *Opinion 2/13* as a Game Changer?’ en BRIBOSIA, E. y RORIVE.I. *Towards a Global and Integrated Approach of Human Rights: Promises and Challenges*, 2016, p.1.

<sup>708</sup> Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 12 de mayo de 1993 nº de solicitud 20631/92 asunto *Soc. Divagsa c. Spain*.



equitativo del artículo 6 del Convenio<sup>709</sup>, cuando tal negativa fuera arbitraria<sup>710</sup>. Y la advertencia se convirtió en realidad<sup>711</sup> cuando el TEDH declaró en el caso *Dhahbi c. Italia*<sup>712</sup> que la falta de una motivación por parte del Tribunal Supremo italiano al rechazar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo conculcaba el artículo 6 del Convenio<sup>713</sup>. Lo mismo sucedió en el asunto *Schipani c. Italia*<sup>714</sup> en el que, precisamente el mismo tribunal, la *Corte de Cassazione*, no había razonado motivadamente la negativa de atender la petición del demandante de elevar una cuestión al TJUE, por lo que el TEDH consideró que había una violación del derecho a un proceso

---

<sup>709</sup> El TJUE ha declarado en varias ocasiones la responsabilidad de los Estados miembros por violación del Derecho de la Unión por parte de un órgano jurisdiccional, como el caso que estamos tratando de la negativa a elevar una cuestión prejudicial (véanse las emblemáticas sentencias de 9 de septiembre de 2015, C-160/14, Ferreira da Silva, ECLI:EU:C:2015:565, de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391 y de 30 de septiembre de 2003, Köbler c. Austria, C-224/01 ECLI:EU:C:2003:513. El TJUE se pronunció en este sentido en aras de salvaguardar la primacía del Derecho de la Unión y garantizar una aplicación uniforme de éste en todos los Estados miembros de la UE, pero lo significativo es que el TEDH, que en muchas ocasiones ha sido considerado como su “rival”, también se haya erigido en defensor de este principio comunitario a través del derecho a un proceso equitativo.

<sup>710</sup> Decisión en el asunto *Soc. Divagsa c. Spain* p.4: “The Commission observes, firstly, that an absolute right to have a case referred to the Court of Justice for a preliminary ruling cannot be derived from the provisions of the Convention. Nevertheless, there may be certain circumstances in which the refusal of a national court called upon to give a ruling at final instance might infringe the principle of the fairness of judicial proceedings, as set forth in article 6 para. 1 of the Convention, particularly when such a refusal appears to be arbitrary.”

<sup>711</sup> Interesa señalar que ha habido más casos en los que el TEDH ha considerado la cuestión de si la negativa de plantear una cuestión prejudicial al TJUE vulnera el artículo 6 del CEDH, pero ha llegado a la conclusión de que no había violación porque el tribunal nacional había motivado razonadamente su decisión. Véanse a este respecto las sentencias (casualmente, ambas referentes a órganos jurisdiccionales belgas) del TEDH de 20 de septiembre de 2011 *Ullens de Schooten and Rezabek / Bélgica* nº 3989/07 y 38353/07 y del 10 de abril de 2012 *Vergauwen and Others v. Belgium* nº 4832/04. En los párrafos 89-90 de esta última sentencia el Tribunal de Estrasburgo establece una serie de principios para determinar si hay o no violación del artículo 6 del Convenio cuando un tribunal se niegue a plantear una cuestión prejudicial – que pueden resumirse básicamente en que la negativa debe contener una motivación razonada para que no se conculque ese derecho - . Para un análisis de estas sentencias véanse: CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección...” *op. cit.*; DONNAY, L., “L’obligation incombant au juge de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, élément vaporeux du procès équitable (obs/s. Cour eur. dr. h., Ullens de Schooten et Rezabekc. Belgique, 20 septembre 2011)”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2013/96, pp. 887 y ss.; SCHMAUCH, M., “The Preliminary Ruling Procedure and the Right to a Fair Trial: Strasbourg Demands Reasoned Decisions from National Courts when they Refuse to Refer a case to the ECJ (Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium, ECtHR, judgment of 20 September 2011, applications 3989/07 and 38353/07)”, *European Law Reporter*, 2011, nº 12, pp. 362-36.

<sup>712</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2014, asunto *Dhahbi c. Italia*, nº de solicitud 17120/09.

<sup>713</sup> Sentencia en el asunto *Dhahbi contra Italia*, párrafos 33 y 34: “The Court has examined the Court of Cassation judgment of 15 April 2008 and found no reference to the applicant’s request for a preliminary ruling to be sought or to the reasons why the court considered that the question raised did not warrant referral to the CJEU. It is therefore not clear from the reasoning of the impugned judgment whether that question was considered not to be relevant or to relate to a provision which was clear or had already been interpreted by the CJEU, or whether it was simply ignored (...). The Court observes in this connection that the reasoning of the Court of Cassation contains no reference to the case-law of the CJEU. 34. That finding is sufficient for the Court to conclude that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

<sup>714</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015, asunto *Schipani c. Italia*, nº de solicitud 38369/09.

equitativo<sup>715</sup>. Asimismo, el Alto Tribunal de Estrasburgo condenó a Grecia por no ejecutar una decisión del Consejo de Estado basada en una sentencia del TJUE en el asunto *Hornsby c. Grecia*<sup>716</sup>, afirmando de esta forma la supremacía del Derecho de la Unión<sup>717</sup>. También conviene apuntar que el TEDH comenzó a referirse a la Carta incluso antes de que el propio TJUE lo hiciera<sup>718</sup>. Estos casos ponen de manifiesto que la cooperación entre TJUE y TEDH ayuda a reforzar su posición frente a los Estados miembros incrementando la integración supranacional en detrimento del soberanismo nacional.

### 2.2.3.1.3. Una frágil armonía desprovista de un marco normativo

A pesar de los esfuerzos de ambos tribunales por apostar por el diálogo y por coordinar su jurisprudencia, en la actualidad su interacción es de carácter informal, no hay ninguna norma jurídica que les obligue a actuar así y consecuentemente, pueden cambiar su posición en cualquier momento. Efectivamente, no hay reglas que provean la solución a posibles conflictos entre ambas jurisdicciones<sup>719</sup>. En el contexto actual, pese a las numerosas referencias del TJUE al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, el primero puede hacer un uso “selectivo” de ese instrumento internacional<sup>720</sup>, ya que no hay ninguna norma que le vincule a hacerlo – tan sólo el artículo 52.3 de la Carta cuando se trate de la interpretación de derechos coincidentes con el Convenio, y como hemos visto

---

<sup>715</sup> Sentencia en el asunto *Schipani* párrafos 72 y 73: “La motivation de l’arrêt litigieux ne permet donc pas d’établir si cette dernière branche de la question a été considérée comme non pertinente ou comme relative à une disposition claire ou comme déjà interprétée par la CJCE, ou bien si elle a été simplement ignorée (...).73. Ce constat suffit pour conclure qu’il y a eu violation de l’article 6 § 1 de la Convention.” Véase un análisis de esta sentencia en SARMIENTO, D. “Schipani v Italy: When does the ECHR require national courts to refer questions to the CJEU?”, *EU Law Analysis Blog*, 7 de septiembre de 2015, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.be/2015/09/schipani-v-italy-when-does-echr-require.html> (último acceso: 8 de septiembre de 2015)

<sup>716</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de marzo de 1997, asunto *Hornsby v. Greece*, nº de solicitud 18357/91 p.10.

<sup>717</sup> SCHEECK, L. “Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks.” GARNET Working Paper: No 23/07 August 2007.

<sup>718</sup> Véase la sentencia del TEDH de 11 de julio de 2002 en el asunto *Christine Goodwin y I. contra Reino Unido* nº 28957/95, apartado 59. Sobre la importantísima influencia de la Carta sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, véase MARTÍNEZ PÉREZ, E. “La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013.

<sup>719</sup> GARLICKI, L. “Cooperation of Courts...” *op. cit.* p.522.

<sup>720</sup> SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle...” *op. cit.* p.20.

anteriormente, no es una cuestión pacífica que el TJUE está vinculado por la jurisprudencia del TEDH -.

Los jueces de Luxemburgo declaran de forma reiterada que el Convenio es “fuente de inspiración”, que se ha integrado en el ordenamiento jurídico comunitario a través de los “principios generales del Derecho”, pero no reconocen que se encuentren vinculados por él<sup>721</sup>. Y es que, como hemos visto, la Unión Europea no está formalmente sujeta al CEDH y por tanto, sus instituciones – entre ellas, el Tribunal de Justicia - tampoco lo están<sup>722</sup>. Por ello, Scheeck alerta del peligro de que el órgano jurisdiccional de la Unión utilice el Convenio de forma autónoma para sus propios intereses institucionales – el autor lo describe de forma ilustrativa afirmando que realiza un uso del CEDH “a la carta”<sup>723</sup>, que incluso ha sido denominado “vampirización”<sup>724</sup> – mientras que, a su vez, de forma paradójica, se sustrae al control del TEDH sobre sus actos<sup>725</sup>. Lawson relata esta situación con la metáfora de Ulises, afirmando que el TJUE (Ulises) se habría atado al mástil (el CEDH y la jurisprudencia del TEDH) pero se ha asegurado de que los nudos de la cuerda están a su alcance para poder soltarse cuando quiera<sup>726</sup>.

Si bien puede considerarse que el incremento progresivo de las referencias del TJUE al Convenio de Roma es un gran avance porque pone de manifiesto una mayor preocupación de aquel tribunal por los derechos humanos, también ha provocado una situación compleja, en la que dos jurisdicciones supranacionales interpretan el mismo texto en diferentes contextos y, en ocasiones, de forma distinta<sup>727</sup>, sin contar con ningún

---

<sup>721</sup> SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle...” *op. cit.* p.20.

<sup>722</sup> Como afirma Weiss: “An in-depth examination of the judgments, however, reveals that the EU Courts still do not feel legally obliged to follow the Convention and the ECtHR case-law completely and in every respect” en WEISS, W. “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p.77.

<sup>723</sup> Scheeck utiliza, a su vez, esta expresión de TULKENS, F. ‘L’Union européenne devant la Cour européenne des droits de l’homme’ *Revue universelle des droits de l’homme* 12, 2000, pp. 50-57. En este sentido Bruno de Witte también afirma: “the Court has made an *eclectic and unsystematic* use of the ECHR and the Strasbourg case law”, DE WITTE, B. “The use of the ECHR and Convention...” *op. cit.* p.23.

<sup>724</sup> CONSTANTINESCO, V., « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d’Amsterdam », *Le traité d’Amsterdam, réalités et perspectives*, Pedone, Paris, 1999, p. 33.

<sup>725</sup> SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle...” *op. cit.* p.24.

<sup>726</sup> LAWSON, R. “Confusion and conflict?...” *op. cit.* p.227: “Ulysses may have tied himself to the mast, but this time he has made sure that the knots remain within his own reach”

<sup>727</sup> Véanse como ejemplos las diferencias notables en la protección del derecho al domicilio y el derecho a no declarar contra sí mismo por parte de ambos tribunales, como explicamos anteriormente en este mismo epígrafe. Para un análisis exhaustivo de las divergencias en la interpretación de los mismos derechos por parte del TJUE y el TEDH, véanse WEISS, W. “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p.78 y ss.; VAN DER BERGUE, F. “The EU and Issues of Human Rights Protection...” *op. cit.* p.119 y ss.

instrumento jurídico para su coordinación<sup>728</sup>. Asimismo, se trata de un escenario confuso para los tribunales nacionales, ya que en ciertas ocasiones deben aplicar tanto el Convenio como el Derecho de la Unión, de tal forma que si se encuentran ante dos interpretaciones diferentes de un mismo derecho en una cuestión similar, no saben cuál deben emplear<sup>729</sup>. Por tanto, la coherencia es necesaria no sólo para la (armoniosa) interrelación entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo sino también para las jurisdicciones nacionales que se ven confrontados ante normas, que deben interpretar a la luz de ambos catálogos de derechos<sup>730</sup>.

Además de los problemas inmediatamente señalados, algunos autores advierten del riesgo de “autonomización” creciente del sistema de la Unión de protección de derechos fundamentales<sup>731</sup> - proceso que algunos juristas denominan “*Charter centrism*”<sup>732</sup>-. El término de “autonomización” hace referencia a la tendencia reciente del TJUE – concretamente, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa – de citar cada vez menos el Convenio y la jurisprudencia de Estrasburgo, incluso respecto de las disposiciones de la Carta que han sido directamente inspiradas en el CEDH<sup>733</sup>. Callewaert explica este

---

<sup>728</sup> SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle...” *op. cit.* p.21. Pi Llorens alerta también de esta anomalía: “Existe un defecto estructural de coordinación entre ambas jurisdicciones desde el momento en que ambas pueden verse llamadas a interpretar una misma disposición en supuestos análogos”, en PI LLORENS, M. “los derechos fundamentales...” *op. cit.* p.144.

<sup>729</sup> Como señala el director del Servicio Jurídico del Consejo de Europa, Jörg Polakiewicz: “the Charter itself contains no specific rule (“*Kollisionsregel*”) about which rights should have precedence in situations where Charter rights and rights guaranteed under the ECHR or national constitutions apply in parallel” en POLAKIEWICZ, J. “The Future of Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.2

<sup>730</sup> POLAKIEWICZ, J. Prologue en MORANO-FOADI, S. and VICKERS, L. *Fundamental Rights in the EU*, Hart Publishing, 2015, xviii: “Clarity about the applicable standards and their coherence is crucial, in particular for domestic courts and other judicial authorities that play a central role, not only as “Union courts of ordinary jurisdiction” but also as “Convention courts of ordinary jurisdiction”. En este sentido, véase la página 219 del presente trabajo, donde se exponen ciertos ejemplos de la difícil situación en la que se encuentran los tribunales nacionales cuando existen divergencias jurisprudenciales entre el TJUE y el TEDH en la interpretación de un derecho, como por ejemplo, el derecho de asilo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 19 de febrero de 2014 en el asunto *R (E.M.(Eritrea) v. Sec. of State for the Home Department*.

<sup>731</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.* Grainne de Burca también advierte del peligro que supone que el TJUE desarrolle una jurisprudencia “desapegada, autónoma e insuficientemente referenciada” en una serie de importantes casos de derechos humanos, en DE BURCA, G. “After the EU Charter of Fundamental Rights...” *op. cit.* p.174; Para una visión más positiva de esta mayor afirmación de la autonomía del sistema de protección de derechos fundamentales de la Unión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, véase un exhaustivo análisis del impacto de la Carta en la jurisprudencia del TJUE en IGLESIAS SÁNCHEZ, S. “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty in the ECJ’s approach to fundamental rights” *op. cit.*

<sup>732</sup> KROMMENDIJK, J. “The CJEU’s Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: *Opinion 2/13* as a Game Changer?” *op. cit.* p.5

<sup>733</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.* p.502. El mismo autor hace una reflexión interesante en este sentido: “It is paradoxical to say the least that, now that legal harmony, which was optional before the Charter, has become mandatory with its entry into force, the CJEU is starting to dispense with Strasbourg case law references, which are implicit but nonetheless necessary for the application of the

proceso de autonomización con ejemplos en dos ámbitos normativos de la Unión. En primer lugar, en las directivas sobre los derechos de defensa en el procedimiento penal<sup>734</sup>, que según este autor, provocan el riesgo de que se creen derechos de defensa paralelos en el continente<sup>735</sup>. En segundo lugar, en lo referente al reconocimiento mutuo de decisiones entre Estados miembros en el Área de Libertad, Seguridad y Justicia, más concretamente en tres áreas: el derecho de asilo, los secuestros de menores y la orden de detención europea. Callewaert sostiene que Luxemburgo sigue una perspectiva diferente de Estrasburgo, lo cual puede suponer un peligro para los derechos humanos. En efecto, en el ámbito del CEDH, al igual que en la Unión Europea, opera una presunción de cumplimiento de los derechos fundamentales por parte de los demás Estados miembros y por tanto, hay un reconocimiento de sentencias extranjeras, pero éste no se produce de forma automática y mecánica como en la Unión, sino, por el contrario, haciendo un análisis *in concreto* de cada caso<sup>736</sup>. Callewaert considera que la adhesión es la respuesta a este proceso de “autonomización” creciente. Sostiene que la integración de la Unión en

---

Charter. *We are therefore seeing the development of a parallel body of European case law on the same fundamental rights.* (...) The problem is that, if it were to be confirmed, this “autonomisation” – in formal but not substantive terms – of the rights which EU law borrows directly from the Convention would tend to undermine a long post-war European tradition confirmed by the Treaty of Lisbon and founded on the idea that there is a bedrock of fundamental rights *common* to all legal systems present in Europe, namely the Convention rights, the translation at European level of the idea of the universality of human rights.” (énfasis añadido) CALLEWAERT, J. “The Impact of Accession to the European Union on the Application of the European Convention on Human Rights” *op. cit.* p.40. No obstante, también conviene tener en cuenta la reflexión que hace Louise Halleskov Storgaard que sugiere que habría que mirar más allá de los análisis cuantitativos de las referencias expresas del TJUE al TEDH. Esta autora afirma que tras la fachada formal de autosuficiencia del Tribunal de Luxemburgo en relación a la protección de los derechos fundamentales se escondería un razonamiento que sí estaría alineado con la jurisprudencia de Estrasburgo, a pesar de la falta de referencia expresa a éste. Para sostener su argumentación, se refiere a dos ejemplos: las sentencias *Kadi II* y *Akerberg Fransson*, que no citan expresamente el Convenio, pero un escrutinio más detallado revela, según esta autora, que el TJUE sí se habría basado en la jurisprudencia del TEDH. HALLESKOV STORGAARD, L. EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On *Opinion 2/13* on EU Accession to the ECHR, *Human Rights Law Review*, 2015, p.515.

<sup>734</sup> Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (DOUE L 280, 26 octubre 2010, p. 1). Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE L 142, 1 junio 2012, p. 1). Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE L 294, 6 Noviembre 2013, p. 1).

<sup>735</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.* p.500-502. Un ejemplo muy ilustrativo es la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2015, Gavril Covaci, C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686, una decisión prejudicial referente a la la Directiva 2010/64 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y a la Directiva 2012/13 relativa al derecho a la información en los procesos penales (ambas citadas en la nota de pie de página anterior). Es llamativo que no se hace referencia en ninguna parte de la sentencia al CEDH ni a la jurisprudencia del TEDH en materia de derecho a un juicio justo del artículo 6 del Convenio.

<sup>736</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.* p.508.

el sistema del CEDH se ha vuelto aún más urgente, sobre todo, para evitar que el enfoque paneuropeo de defensa de los derechos fundamentales se vea afectado fatalmente<sup>737</sup>.

Asimismo, conviene señalar una reflexión interesante de Scheeck en el sentido de que la adhesión de la Unión al Convenio sería el efecto (inintencionado) de la relación competitiva, conflictual y cooperativa entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo<sup>738</sup>. Como hemos visto, esta interacción es compleja y a pesar de haber avanzado hacia una mayor fluidez, el equilibrio entre ambas jurisdicciones es delicado y nada garantiza que no pueda resquebrajarse en cualquier momento, en ausencia de una adhesión que dote de un marco jurídico estable a su relación. Si Estrasburgo comenzara a sancionar (directamente) los actos de la Unión Europea antes de la adhesión, correría el riesgo de que los jueces de Luxemburgo tomaran represalias, ya que estos podrían dejar de citar el CEDH y renunciar a alinearse con la jurisprudencia del TEDH<sup>739</sup> - profundizando el proceso de “autonomización” del que varios autores alertan -. De igual forma, cuanto más converja Luxemburgo en la interpretación de los derechos con Estrasburgo, menos riesgo tiene de ser desautorizado por Estrasburgo, lo que se traduciría en una pérdida de legitimidad para el primero.

Por las razones expuestas, no podemos cerrar este apartado con una conclusión optimista sobre un acercamiento entre ambos tribunales. Por el contrario, conviene subrayar que ni su reconocimiento recíproco, ni la convergencia puntual en sus respectivas jurisprudencias, ni el recurso a estándares comunes, han eliminado todos los peligros inherentes a su coexistencia<sup>740</sup>. Así, de momento, ambos se mueven en una frágil armonía, gobernada por la defensa de sus propios intereses y no desprovista de peligros<sup>741</sup>. Estos

---

<sup>737</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.* p.497.

<sup>738</sup> SCHEECK, L. “Competition, Conflict and Cooperation...” *op. cit.* p. 3: “we view the planned EU accession to the ECHR as a mainly unintended effect of the European Court of Justice’s (ECJ’s) and European Court of Human Rights’ (ECourtHR) simultaneously competitive, conflictual and cooperative position in the general institutional and organisational configuration of the process of European integration” y en p. 4: ““Yet, the dynamics of competition and convergence between supranational judicial actors have had a number of - mostly unintended or at least unforeseeable - consequences such as the planned EU accession to the European Convention on Human Rights””.

<sup>739</sup> SCHEECK, L. “Competition, Conflict and Cooperation...” *op. cit.* p. 8.

<sup>740</sup> SIMON, D. “Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH...” *op. cit.* p.47.

<sup>741</sup> A pesar de estos peligros, al compartir “un mismo espacio físico y axiológico las jurisdicciones de Luxemburgo y Estrasburgo están fatalmente obligadas a entenderse”, como señala el profesor González Vega en GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.41.

se verían eliminados, o por lo menos amortiguados, por la adhesión de la Unión al Convenio.

### **2.2.3.2. Cómo la adhesión transformaría la relación entre los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo**

#### **2.2.3.2.1. Atenuación de las diferencias entre sus respectivas jurisprudencias**

La coexistencia de los dos tribunales supranacionales evolucionaría, indudablemente, como consecuencia de la adhesión<sup>742</sup>. El primer gran cambio en la relación entre el TJUE y el TEDH es evidente: las decisiones de aquél – al igual los actos de cualquier otra institución u organismo de la Unión Europea - podrían ser revisadas por éste. En efecto, por primera vez, el TJUE formaría parte de un sistema en el que su razonamiento y sus conclusiones podrían ser cuestionados<sup>743</sup>.

A pesar del miedo de Luxemburgo a quedar supeditado a la jurisdicción de Estrasburgo - temor que se deja entrever en el Dictamen 2/13<sup>744</sup> -, aquél no sería, formalmente, un órgano jurisdiccional superior al de Luxemburgo sino un tribunal especializado<sup>745</sup>. Al igual que sucede con los Estados miembros, se aplica un importantísimo principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la subsidiariedad<sup>746</sup>. Esto quiere decir que sólo podrá recurrirse ante el TEDH cuando se hayan agotado las vías de recurso internas<sup>747</sup>. En efecto, tras la adhesión, los primeros responsables en asegurar que los

---

<sup>742</sup> LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.24

<sup>743</sup> O’MEARA, N. “A more secure Europe of rights?...” p.1828

<sup>744</sup> Al leer el Dictamen 2/13, no puede obviarse el recelo que existe en Luxemburgo respecto de Estrasburgo en cuanto a quién debe ser el último guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

<sup>745</sup> Como asevera el Informe Final del Grupo II sobre incorporación de la Carta/adhesión al CEDH, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002 (citado en pie de página 83), p.12: “Tras la adhesión, el Tribunal de Justicia seguiría siendo el único árbitro supremo de las cuestiones de Derecho de la Unión y la validez de los actos de la Unión; no podría considerarse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un tribunal supremo, sino como un tribunal especializado que ejerce un control externo sobre las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH. La posición del Tribunal de Justicia sería análoga a la actual posición de los tribunales constitucionales o supremos nacionales respecto del Tribunal de Estrasburgo.”

<sup>746</sup> Véase PASTOR RIDRUEJO, J.A. “La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos”, *Cursos euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004-2005, pp.37-50.

<sup>747</sup> Artículo 35.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva”. El principio de subsidiariedad se encuentra previsto en otros convenios internacionales de Derechos Humanos como la Convención interamericana (artículo 46), la Carta africana (arts. 50 y 56(5)) o el Pacto de los derechos civiles y políticos (art. 41(1)).

derechos recogidos en el CEDH son respetados serían las instituciones europeas, incluido el TJUE<sup>748</sup>. La cuestión, por tanto, no es tanto de subordinación o preponderancia de los tribunales sino, más bien, la sumisión de las decisiones finales sobre supuestas violaciones de derechos humanos a un órgano pan-europeo especializado, con el poder de verificar si el Derecho de la Unión es compatible o no con el Convenio<sup>749</sup>. Como señala Martín y Pérez de Nanclares: “parece claro que la formulación de las relaciones entre tribunales en el triángulo judicial europeo no puede plantearse bajo los viejos parámetros de la jerarquía o la pirámide normativa, sino desde el prisma de la especialización”<sup>750</sup>. En el mismo sentido, la Abogada General Juliane Kokott, declaraba, en sus importantísimas conclusiones al Dictamen 2/13<sup>751</sup>: “no debería considerarse que el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH por parte de la Unión sea un mero sometimiento, sino la oportunidad de intensificar el diálogo en materia de derechos fundamentales que ya existe, como jurisdicciones auténticamente europeas, entre nuestro Tribunal de Justicia y el TEDH”. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Alta Jurisdicción de Estrasburgo no podría anular las decisiones del TJUE – ni los actos de ninguna otra institución de la UE<sup>752</sup> - ya que las sentencias del TEDH tienen carácter declarativo<sup>753</sup>. El Tribunal de Luxemburgo se encontraría, por tanto, en la misma situación que los tribunales supremos de cualquier Estado Parte en el Convenio de Roma. En suma, de producirse la adhesión, las tareas del TEDH y el TJUE serían complementarias.

Una consecuencia fundamental de esa posibilidad de que Estrasburgo revisase lo decidido por Luxemburgo es que contribuiría a eliminar – o, por lo menos, mitigar - las discrepancias en las jurisprudencias de ambos tribunales<sup>754</sup>. En efecto, el argumento del

<sup>748</sup> KRÜGER, H.C. “Reflections concerning accession of the European Communities...” *op. cit.* p.96.

<sup>749</sup> *Idem.*

<sup>750</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Europeo*, nº 48, Madrid mayo/agosto 2014, p.396.

<sup>751</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 13 de junio de 2014, en el procedimiento de Dictamen 2/13, párrafo 164.

<sup>752</sup> Es importante señalar que el Tribunal de Estrasburgo no se pronuncia en sus sentencias sobre la validez del acto normativo en cuestión, sino sobre su compatibilidad con el Convenio, como apunta el Proyecto de informe explicativo al acuerdo de adhesión en su párrafo 62: “It should also be recalled that the Court in its judgments rules on whether there has been a violation of the Convention and *not on the validity of an act of a High Contracting Party* or of the legal provisions underlying the act or omission that was the subject of the complaint.”

<sup>753</sup> GRAGL, P. *The accession of the European Union...* *op. cit.* p.24. Lo reconoce el propio Tribunal en el apartado 20 del Dictamen 2/13: “El procedimiento ante el TEDH concluye bien con una decisión o una sentencia en las que el TEDH declara que la demanda es inadmisibile o que no ha habido violación del CEDH, o bien con una sentencia que declara la violación del Convenio. *Esta sentencia es declarativa y no afecta a la validez de los actos impugnados de la Parte Contratante.*” (Énfasis añadido)

<sup>754</sup> TIMMERMANS, C. “Will the Accession of the EU to the European Convention...” *op. cit.* p.13.



control externo y el de la coherencia jurisdiccional están estrechamente relacionados<sup>755</sup>. Como afirma Françoise Tulkens, la adhesión es el mejor medio para lograr un marco coherente de protección de derechos humanos en toda Europa<sup>756</sup>. En el mismo sentido, uno de los grupos de trabajo constituidos dentro de la Convención sobre el Futuro de Europa que dio como fruto el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa concluía a este respecto: “la adhesión sería un instrumento ideal para garantizar el desarrollo armonioso de la jurisprudencia de los dos tribunales europeos de derechos humanos”<sup>757</sup>. Así se pronuncian también Kokott y Hoffmeister, que consideran que la adhesión eliminaría el riesgo de una jurisprudencia de derechos humanos dividida en Europa<sup>758</sup>. Efectivamente, al tener el TEDH la última palabra sobre cuál deberá ser el estándar mínimo exigido de protección de derechos humanos, el TJUE no tendría más remedio que ajustar su jurisprudencia a lo decidido en Estrasburgo<sup>759</sup>, si no quiere enfrentarse a una posible condena por parte de éste<sup>760</sup>.

---

<sup>755</sup> Como explica Juana Goizueta: “el Tribunal de Estrasburgo se configurará como última instancia jurisdiccional encargada de preservar la garantía de los derechos en ámbitos que afectan al radio de acción del Derecho de la Unión lo que, previsiblemente, redundará en la mejora de la coherencia y armonía del sistema de tutela de los Derechos humanos en la Unión Europea que, en suma, conforma el objetivo de la adhesión y garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas del CEDH por parte de la UE” GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea...” *op. cit.* p.107.

<sup>756</sup> TULKENS, F. “Effective Remedies, Lengthy Proceedings...” *op. cit.* p.6: “without accession, one can concretely also expect an increasing risk of contradictions in the case-law between the two Courts, in spite of all efforts to the contrary. The main losers will be the citizens which must again be put at the heart of the process and of our concerns. Accession is thus the best means of ensuring the harmonious development of the case-law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights in human rights matters and of achieving a coherent framework of human rights protection throughout Europe.”

<sup>757</sup> Informe Final del Grupo II sobre incorporación de la Carta/adhesión al CEDH, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002, p.11, disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/jmonnet/00354es2.pdf> (último acceso: 5 de junio de 2015).

<sup>758</sup> KOKOTT, J. and HOFFMEISTER, F. ‘Opinion 2/94’ *op. cit.* p. 667: “Accession to the Convention by the Community, including submission of the Community institutions to the jurisdiction of the European Court of Human Rights, would eliminate the risk of a divided human rights jurisprudence in Europe”; También Paul Gragl: “By rendering the Convention legally binding for the Union, potential divergences in human rights standards between the Convention and European Union and between the case law of the Luxembourg and Strasbourg courts can be prevented”, GRAGL, P. “The accession...” *op. cit.* p.7.

<sup>759</sup> Aunque, como afirma Ellen Penninckx, si bien la adhesión aportará indudablemente coherencia procesal al sistema, no eliminará completamente todo posible riesgo de divergencia entre ambos tribunales. PENNICKX, E. “Le principe de Bosphorus survivra-t-il à l’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’Homme?”, Mémoire présenté pour le Diplôme d’Etudes Européennes Approfondies, année académique 2010-2011, Collège d’Europe, p.6.

<sup>760</sup> Como sostienen Kokott y Sobotta: “In this scenario the Strasbourg jurisprudence would become much more relevant for the Luxembourg Court because any deviation would risk being sanctioned directly”, KOKOTT, J. and SOBOTTA, C. “Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards of Protection” *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1 (2015), pp. 60–73, p.65. Para un análisis detallado de cómo afectará la adhesión a los derechos procesales, véase LESKINEN, C. “An evaluation of rights of the Defense during Antitrust Inspections in the light of the case law of the ECtHR: would the accession of the European Union to the ECHR bring about a significant change?” *Working Paper IE Law School*, No

### 2.3.2.2.2. Fortalecimiento del diálogo entre ambos tribunales

Una segunda transformación se prevé en cuanto al robustecimiento del diálogo entre ambos órganos jurisdiccionales. Si bien en el epígrafe anterior señalábamos que la relación entre Luxemburgo y Estrasburgo ha avanzado progresivamente hacia una mayor fluidez, también apuntábamos a que su interrelación es informal<sup>761</sup> y hasta la fecha, no hay ningún mecanismo institucional que reúna formalmente a los jueces de ambas jurisdicciones<sup>762</sup>. En este sentido, es previsible que la relación entre Luxemburgo y Estrasburgo se vigorice gracias a la adhesión<sup>763</sup>, tal y como pone de manifiesto la

---

10, 29 April 2010 o PENNICKX, E. “Le principe de Bosphorus survivra-t-il à l’adhésion...” *op. cit.* que examina de forma concreta cómo afectará la adhesión al derecho a no declarar contra sí mismo.

<sup>761</sup> A finales de los años 90 – más concretamente, desde 1998, cuando el TEDH comenzó a ser independiente - los jueces de Luxemburgo y Estrasburgo decidieron reforzar sus vínculos reuniéndose regularmente, tras una etapa en que su relación había sido más bien indirecta y conflictiva. El objetivo de estas reuniones regulares era, según Laurent Schaeck, el de poder influir directamente en la “constitucionalización” de la Unión Europea por métodos discursivos y jurisprudenciales. Los verdaderos promotores de estos encuentros regulares fueron Luzius Wildhaber, de parte del TEDH y Gil Carlos Rodríguez Iglesias, de parte del TJUE, así como el Abogado General Jacobs. Véase, para un análisis más detallado de estos encuentros: SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe...” *op. cit.* p.19 y ss. Canedo y Gordillo consideran que esta “diplomacia judicial” ha servido para neutralizar elegantemente la posible deriva competitiva entre ambos tribunales, CANEDO, J.R y GORDILLO, L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea...” *op. cit.* p.51. Un ejemplo paradigmático de estos encuentros regulares es el que tuvo lugar en enero de 2011 entre los presidentes del TEDH y el TJUE, Costas y Skouris, precisamente a propósito de la adhesión, y que dio lugar a un comunicado conjunto, disponible en: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf) (último acceso: 7 de enero de 2017)

<sup>762</sup> Como bien señala Souvignet: “en l’absence de rapport institutionnel et normatif entre la Cour de justice de l’Union européenne et la Cour européenne des droits de l’homme, en tout cas avant cette adhésion qui vient de l’Union Européenne à la Convention européenne de 1950 – et il en sera de toute évidence de même après -, le dialogue judiciaire *horizontal* entre ces deux cours s’incarne essentiellement dans des voies *souterraines* et “*débridées*” (...)” (énfasis añadido), SOUVIGNET, X. “Cour de justice de l’Union Européenne et Cour européenne des droits de l’homme: dialogue des juges ou objectivité des droits fondamentaux” en MÉNETREY, S. Y HESS, B. *Les dialogues des juges en Europe*, Larcier Publishing, 2014, p.141-154.

<sup>763</sup> Así lo señala el Parlamento Europeo, en su Resolución de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)), párrafo 24: “la adhesión exigirá, al mismo tiempo, una mayor cooperación entre los tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la protección de los derechos fundamentales; señala que la cooperación entre los dos tribunales europeos impulsará el desarrollo de un sistema de jurisprudencia coherente en el ámbito de los derechos humanos”; También, en el ámbito doctrinal: BUSBY, N. & ZAHN, R. “The EU’s Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.22: “the accession of the EU to the ECHR will undoubtedly create a space for increased judicial dialogue”; ECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.196: The effect of this integration will be to create a more immediate relationship between the EU Courts and the ECtHR: no longer the convenient living-apart-together, but cohabitation of the same juridical space”; GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea...” *op. cit.* p. 108: “la adhesión de la UE al CEDH va a coadyuvar a perfeccionar y aumentar el régimen de garantía o tutela jurisdiccional de los derechos en la UE, habida cuenta de que se institucionalizará, formalizará o fortalecerá el diálogo judicial o la regular e intensa interacción ya existente entre tribunales y, en particular, entre el TEDH y el TJUE”

Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea: “la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio*”<sup>764</sup>.

### 2.3.2.2.3 Transformación de la presunción de protección equivalente “*Bosphorus*”

El tercer gran cambio procesal tendría lugar respecto a la doctrina de “presunción de protección equivalente” desarrollada por el TEDH en *Bosphorus*, ya que es previsible que se elimine o, por lo menos, se atenúe. A pesar de que el borrador de acuerdo de adhesión de 2013 no se pronunciaba en cuanto a si el Tribunal de Estrasburgo seguiría utilizando esta fórmula de deferencia hacia la Unión o no<sup>765</sup>, en la doctrina ha habido un amplísimo debate sobre si la “presunción *Bosphorus*” debería ser mantenida. La mayoría de los autores apuestan por el abandono, o por lo menos, la redefinición de esta presunción<sup>766</sup>,

---

<sup>764</sup> Énfasis añadido.

<sup>765</sup> Esta omisión fue deliberada, como señala Juan Jorge Piernas: “Tanto los negociadores de la Unión Europea como los del Consejo de Europa decidieron dejar la cuestión de la vigencia de la presunción *Bosphorus* tras la adhesión de la UE al CEDH al Tribunal de Estrasburgo. Por el lado de la Unión, los Estados miembros acordaron rápidamente con la Comisión no solicitar la codificación de dicha presunción en el Proyecto de Acuerdo, pese a algunas sugerencias en ese sentido al inicio de las negociaciones”, PIERNAS LÓPEZ, J.J. “La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” *Revista Española de Derecho Europeo* 50, Abril - Junio 2014, p.9. Ni siquiera en la vista oral que tuvo lugar ante el TJUE en mayo de 2014 sobre el acuerdo de adhesión se discutió absolutamente nada sobre el futuro de la presunción *Bosphorus*, como relata Johansen en su crónica sobre dicha vista oral. JOHANSEN, S. “Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement” (Part 1 of 2) <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/stian-oby-johansen/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-1-of-2.html> (ultimo acceso: 7 de enero de 2017).

<sup>766</sup> De Schutter afirma que mantener la doctrina *Bosphorus* no estaría ni legalmente justificado ni sería políticamente oportuno, ya que situaría a la Unión en una situación privilegiada, DE SCHUTTER, O. “*Bosphorus Post-Accession: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention*”, en KOSTA, V. SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 177-198, p.198; Gordillo considera que, tras la adhesión, mantener la presunción sería insostenible y “provocaría una institucionalización de la protección asimétrica de derechos en el seno del Convenio, cosa que, a la vista de su jurisprudencia anterior, el TEDH no parece dispuesto a consentir”, GORDILLO PÉREZ, L. I., “Un paso más hacia la estabilización...” *op. cit.* p.203; Jacqué cree que no hay razón alguna que justifique la Unión sea tratada de forma diferente a otros Estados Parte. Además, afirma que el argumento según el cual la Unión no es un Estado no tiene valor en tanto en cuanto los efectos de sus actos son comparables a los de la legislación nacional, J-P. JACQUE, “Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne”, en W. BENEDEK et al (ed.), *European Yearbook on Human Rights 2010*, Intersentia, Anvers, 2010, p.137; Tobias Lock se muestra contrario a preservar la presunción una vez la Unión sea Parte en el CEDH, ya que considera que es difícilmente justificable en ese contexto, LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p. 395-396; Morano-Foadi cree que mantener la presunción socavaría los objetivos de la adhesión de dotar de una interpretación coherente de los derechos humanos en toda Europa y de incrementar la credibilidad del compromiso de la Unión con la protección de aquellos, MORANO-FOADI, S. “Fundamental Rights in Europe...” *op. cit.* p.86; O’Meara también afirma que la posición privilegiada de la UE bajo la presunción *Bosphorus* será insostenible tras la adhesión, O’MEARA N., “A more secure Europe of rights?...” *op. cit.* p.1828; Polakiewicz señala que, en caso de adhesión, la presunción no sólo pierde su razón de ser sino que además se crearía un doble estándar difícilmente reconciliable con la idea de que la Unión se adheriría al Convenio en pie de igualdad con el resto de partes

mientras que otros académicos consideran que no hay razones para que el TEDH cambie su postura tras la adhesión<sup>767</sup>.

A pesar de todas las cábalas realizadas en el ámbito doctrinal sobre el futuro de la presunción *Bosphorus*, el interrogante sólo podrá ser respondido por el TEDH una vez que la adhesión sea una realidad. En todo caso, la teoría de la presunción equivalente no deja de ser un “parche”<sup>768</sup>, una solución temporal e insatisfactoria a la falta de competencia *rationae personae* del TEDH respecto a las demandas presentadas contra la Unión<sup>769</sup>. Es evidente, como señala gran parte de la doctrina, que esta presunción implica un privilegio para esta organización internacional<sup>770</sup> y, en nuestra opinión, tras la adhesión, perdería toda su razón de ser. En primer lugar, porque una vez que la Unión sea parte integrante del Convenio, el TEDH pasará a ser competente *rationae personae* y *rationae materiae* para realizar un escrutinio directo de los actos de la Unión. Por tanto, podría (y debería) realizar análisis *in concreto* tanto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea como de la actividad realizada por sus instituciones – entre ellas, el Tribunal de Justicia –.

---

contratantes, y se pregunta por qué al TJUE se le permitiría esconderse tras el velo de *Bosphorus* cuando todos los tribunales nacionales constitucionales están sujetos al control completo de Estrasburgo, POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR...” *op. cit.* p.19; En la misma línea, Weiss considera que una vez que la Unión forme parte del Convenio, la presunción no podrá ser sostenible, WEISS, W. “Human Rights in the EU...” *op. cit.* p.94-95.

<sup>767</sup> Besselink apunta al hecho de que si la presunción se basa en la “equivalencia” en la protección de los derechos fundamentales, ésta no ha cambiado con la adhesión. Es más, según Besselink, la protección es incluso mayor tras el Tratado de Lisboa, siendo la Carta jurídicamente vinculante. Por tanto, si antes de la adhesión, el TEDH consideraba que la protección otorgada por la Unión era equivalente, lo será aún más tras la adhesión. Consecuentemente, Estrasburgo tendría incluso más razones para mantener la inmunidad frente a la Unión, BESSELINK, L., “The EU and the European Convention of Human Rights...” *op. cit.* p.303. En todo caso, Besselink aporta argumentos tanto a favor como en contra de mantener la presunción *Bosphorus* en BESSELINK, L. ‘Should the European Union ratify the European Convention on Human Rights? Some remarks on the relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice’ in FØLLESDAL, A., PETERS, B. and ULFSTEIN, G. *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, 2013, pp.301-333, p.310-312; Paul Mahoney defiende que la presunción *Bosphorus* debe ser mantenida en un escenario post-adhesión debido a las características específicas de la Unión, que nunca estará en posición de ser asimilada a los Estados Parte en el Convenio, MAHONEY, P. “From Strasbourg to Luxembourg and Back: Speculating about Human Rights Protection in the European Union after the Treaty of Lisbon” (2011) 31 *Human Rights Law Review*, p.73.

<sup>768</sup> LLOPIS NADAL, P. “La necesidad procesal de la adhesión...” p.34.

<sup>769</sup> Como señala Martín y Pérez de Nanclares, la presunción *Bosphorus* era considerada como “una solución provisional a la espera de la adhesión de la Unión al CEDH. (...) La adhesión era la pieza que, en el complejo puzzle del control ejercido por el TEDH, justificaba transitoriamente el reconocimiento y respeto de las peculiaridades del ordenamiento jurídico de la Unión en la jurisprudencia *Bosphorus*” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.838.

<sup>770</sup> A pesar de que la Unión Europea no es la única organización internacional a la que el TEDH ha aplicado la teoría de la presunción de protección equivalente, como recuerda Cortés Martín en CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos...” *op. cit.* p.962.

En segundo lugar, la presunción atenta contra toda igualdad entre las partes del Convenio, por lo que es difícilmente sostenible ni desde un punto de vista jurídico ni político. En referencia a la primera perspectiva, el CEDH exige que todas las partes sean tratadas en pie de igualdad, tal y como manifestaron en su voto particular en el asunto *Bosphorus* los jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki, haciendo referencia a lo declarado por el TEDH en el asunto *Loizidou v. Turkey*<sup>771</sup>. Considerando que Estrasburgo no otorga ese privilegio a ninguno de los altos tribunales de los Estados Parte, la continuación de esa especie de “inmunidad” es difícilmente justificable<sup>772</sup> -. Desde un prisma político, será difícil que terceros Estados no pertenecientes a la Unión, como Rusia o Turquía, acepten la idea de que aquella, una vez que sea parte integrante del Convenio, pueda beneficiarse de un trato de favor. Tampoco será fácil que acepten el argumento esgrimido por aquellos que afirman que como la Unión ahora cuenta con una Carta jurídicamente vinculante, su protección de los derechos fundamentales ha mejorado, y por tanto, habría menos razones para abandonar la presunción. De la misma forma, el resto de Estados Parte podrían alegar que también deberían beneficiarse de tal presunción, ya que ellos también disponen de un catálogo de derechos fundamentales protegidos constitucionalmente y con un sistema de recursos en caso de alegación de violación<sup>773</sup>. Además, la presunción es difícilmente conciliable con la idea de que la Unión se adherirá, en la medida de lo posible, en igualdad de condiciones al resto de Partes Contratantes, tal y como se consensuó en las propias negociaciones de adhesión y como se reflejó en el proyecto de instrumentos jurídicos sobre la adhesión adoptados en abril de 2013<sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> Decisión de 23 de marzo de 1995 en el asunto *Loizidou v. Turkey*, nº solicitud 15318/89, excepciones preliminares, párrafo 77: (sobre la posibilidad de desigualdad entre las Partes contratantes) “it would run counter to the aim, as expressed in the Preamble to the Convention, to achieve greater unity in the maintenance and further realisation of human rights”.

<sup>772</sup> Hay que tener en cuenta que, tras la adhesión, los procedimientos ante el TJUE ya no serán considerados como “otra instancia internacional de investigación o de acuerdo” a la luz del artículo 35 CEDH, sino que deberá ser tratado como cualquier otro alto tribunal de un Estado Parte del Convenio, LOCK, T: “The ECJ and the ECtHR...” *op. cit.* p.396; Steering Committee for Human Rights CDDH (2002)010 Addendum 2, para. 48–49.

<sup>773</sup> PENNICKX, E. “Le principe de Bosphorus survivra-t-il à l’adhésion...” *op. cit.* p.22.

<sup>774</sup> Párrafo 7 del proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión de 5 de abril de 2013: “the Accession Agreement aims to preserve the equal rights of all individuals under the Convention, the rights of applicants in the Convention procedures, and the equality of all High Contracting Parties. The current control mechanism of the Convention should, as far as possible, be preserved and applied to the EU in the same way as to other High Contracting Parties, by making only those adaptations that are strictly necessary. The EU should, as a matter of principle, *accede to the Convention on an equal footing with the other Contracting Parties*, that is, with the same rights and obligations.” (énfasis añadido)

Si bien es justo afirmar que con la doctrina de la protección equivalente, Estrasburgo ha mostrado una sensibilidad especial hacia las peculiaridades del proceso de integración europeo para evitar situar a los Estados miembros ante obligaciones internacionales contradictorias<sup>775</sup>, consideramos que, tras la adhesión, la deferencia del TEDH hacia el TJUE, y hacia la Unión en su conjunto, debería desaparecer por las razones anteriormente expuestas. Con la integración de esta organización internacional en el CEDH, no sólo desaparece la razón de ser de la presunción *Bosphorus* sino que su mantenimiento sería profundamente injusto para las otras partes del Convenio. Asimismo sería perjudicial para la propia protección de los derechos humanos, debido a que el escrutinio se ve reducido – al fin y al cabo, el objetivo último del mecanismo de control del Convenio es garantizar que las Partes contratantes respeten los estándares mínimos establecidos por aquél -.

En suma, la adhesión puede que no resuelva definitivamente toda posible divergencia jurisprudencial entre el TJUE y el TEDH, pero lo que es indudable es que atenuará sus diferencias<sup>776</sup> y por tanto, dotará de mayor coherencia procesal y seguridad jurídica al sistema<sup>777</sup>. Esta consistencia es necesaria para garantizar el carácter fundamental de los derechos humanos<sup>778</sup> ya que lo que le dota ese carácter es, precisamente, su universalidad<sup>779</sup>. Por tanto, las discrepancias tanto normativas como jurisdiccionales no van sino en contra de los propios derechos fundamentales. Como señala acertadamente Polakiewicz, el ámbito de los derechos humanos es el área por excelencia donde Europa debería estar unida por los mismos estándares y valores<sup>780</sup>. De la misma manera,

---

<sup>775</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección...” *op. cit.* p. 969.

<sup>776</sup> Ángel Chueca afirma contundentemente “la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos terminará sin duda la guerra judicial” (entre los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo) en CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos...” *op. cit.* p.54.

<sup>777</sup> Hay dos aspectos procesales fundamentales que traerá consigo la adhesión: el mecanismo del codemandado y el previo pronunciamiento del TJUE, que serán estudiados con detenimiento en la Parte X de este trabajo.

<sup>778</sup> CALLEWAERT, J. “The Privilege against Self-Incrimination in European Law, An Illustration of the Impact of the Plurality of Courts and Legal Sources on the Protection of Fundamental Rights in Europe”, *ERAForum, Academy of European Law*, Trier, 4, 2004, p.498.

<sup>779</sup> CALLEWAERT, J. “The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony”, *European Human Rights Law Review* 2009, p.782. Asimismo, Callewaert afirma que para que los derechos humanos conserven ese carácter “fundamental” deben ser comprendidos por sus beneficiarios y por los encargados de aplicarlos. Por ello, es importante asegurar que esa coexistencia no sólo es armoniosa y coherente, sino también inteligible, en CALLEWAERT, J. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.11. En este sentido, es interesante apuntar las palabras de Polakiewicz, que considera que la uniformidad no es necesaria en una Europa compuesta por Estados, cada uno de los cuales tiene su propia tradición de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, lo que sí considera necesario es que haya un consenso en unos estándares mínimos que se aplican a cualquier persona, por el hecho de ser humano. No son los derechos de los ciudadanos europeos, sino de todos los seres humanos, en POLAKIEWICZ, J “The future of fundamental rights...” *op. cit.* p. 2

<sup>780</sup> POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR...” *op. cit.* p.29

Callewaert se muestra firmemente convencido de que la adhesión ayudará a reducir la complejidad reinante en el ámbito de los derechos humanos, ya que con ella se introducirá “mayor coherencia, mayor coordinación y mayor legibilidad en el paisaje heteróclito de los derechos de la Unión”<sup>781</sup>.

---

<sup>781</sup> CALLEWAERT, J. “L’adhésion de l’Union Européenne...” *op. cit.* p.16.

## 2.3 Reforzamiento de la legitimidad jurídica y política de la integración europea

La legitimidad se erige como el tercer gran pilar argumental en favor de la adhesión de la Unión al Convenio de Roma. Aunque a veces parece pasar inadvertido al lado de los argumentos del control externo y de la coherencia, su importancia no es desdeñable<sup>782</sup>. Además, este argumento está intrínsecamente relacionado con los dos anteriores. En efecto, es el hecho de que la actividad de la Unión pase a estar sometida a un control externo y que contribuya a una mayor coherencia normativa y jurisprudencial del sistema lo que aportaría tanto legitimidad en términos políticos como jurídicos para esta organización internacional. Y sus instituciones son bien conscientes de ello<sup>783</sup>.

### 2.3.1. Legitimidad jurídica

La Unión Europea vería reforzada la legitimidad jurídica de su ordenamiento, al adquirir en el ámbito de los derechos humanos una posición análoga a la que se encuentran los ordenamientos nacionales frente al Tribunal de Estrasburgo<sup>784</sup>. El mero hecho de que los

---

<sup>782</sup> Es más, es uno de los objetivos de la adhesión, como explica Carmen Montesinos: “Desde sus orígenes, con la adhesión al CEDH se ha pretendido reforzar la legitimidad del sistema de la UE” en MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales”, Directores: Pablo Pérez Tremps y Itziar Gómez Fernández, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, enero de 2015, p.509; Cortés Martín afirma que la adhesión es “una vieja aspiración para aportar legitimidad, seguridad jurídica y credibilidad al sistema de protección de los Derechos humanos en la Unión Europea”, CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección...” *op. cit.* p.957-958; Salinas de Frías considera que dotar de legitimidad al sistema es el propósito primordial de la adhesión: “Por lo que hace a la adhesión al CEDH, la propuesta ha pasado de constituir una solución a la falta de protección *stricto sensu*, a la vía preferente para dotar de una mayor legitimidad política a la Unión. En el fondo, más que solucionar un problema de afección seria de derechos fundamentales, la adhesión se ha convertido en una vía adicional de refuerzo de la maltrecha legitimidad democrática de la Unión, especialmente necesaria si se trata de consolidar una UE con plena personalidad jurídica y un verdadero espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.” SALINAS DE FRÍAS, “la protección de los derechos fundamentales...” *op. cit.*

<sup>783</sup> Ya en el Memorándum del año 1979, la Comisión citaba entre los argumentos en favor de la adhesión: “Improving the image of Europe as an area of freedom and democracy” y en el párrafo 14 explicaba: “accession to the ECHR would make a substantial contribution to the strengthening of democratic beliefs and freedom both within and beyond the free world”, como explicábamos en el Capítulo I.

<sup>784</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La adhesión de la Unión Europea al CEDH...” *op. cit.* p.16. Cobran interés las palabras pronunciadas por Andreas Vosskuhle, presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán en su discurso “Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts” en la apertura del año judicial del TEDH en 2014, p.47: “accession means no more - and no less - than the external involvement of a specialised international human rights court: an involvement that will enhance the legitimacy and credibility of the system of human rights protection as a whole”.



particulares puedan acudir a esta Alta Jurisdicción para denunciar una violación de derechos humanos por parte de la Unión opera ya como factor de credibilidad ante la opinión pública<sup>785</sup>. Además, como señala el profesor Azpitarte: “qué duda cabe de que el Convenio le ofrece (a la Unión Europea) un proyecto constitucional nítido cargado de pasado y con un presente vigoroso. Así, la adhesión dotaría al proceso de integración de una expresa historia constitucional en la que se ha definido la posición del individuo frente al fenómeno del poder”<sup>786</sup>.

Especialmente, hay una institución de la Unión cuya legitimidad se vería robustecida como consecuencia de la adhesión: el Tribunal de Justicia. Como señala Martín y Pérez de Nanclares: “el TJUE se verá definitivamente apuntalado frente a los Tribunales Constitucionales nacionales en uno de los flancos en los que siempre se ha mostrado vulnerable desde la inicial jurisprudencia Solange”<sup>787</sup>. Efectivamente, el ámbito de los derechos humanos ha sido tradicionalmente el “talón de Aquiles” de la Unión, debido al silencio inicial de sus tratados fundacionales<sup>788</sup>, lo cual se han encargado de recordar sucesivamente los tribunales constitucionales más beligerantes como el italiano o el alemán<sup>789</sup>. El hecho de que el TJUE se someta al control directo del Tribunal de Estrasburgo de la misma forma que cualquier otro tribunal supremo o constitucional de los Estados miembros, debería reducir la histórica desconfianza de los tribunales nacionales<sup>790</sup> respecto de la falta de una adecuada protección de los derechos humanos

---

<sup>785</sup> Así lo reconocía el ex presidente del TEDH, Dean Spielmann en el citado discurso de Helsinki de 2013: “Le simple fait que le juge international puisse intervenir en cas de besoin, qu’il puisse être saisi par les particuliers, opère à lui seul déjà comme facteur de crédibilité, car c’est dans la mesure où elle accepte de s’ouvrir à ce contrôle externe que l’action politique devient crédible et acceptable pour l’opinion publique, qu’elle assure sa cohérence avec son propre discours sur le respect des droits fondamentaux. Au contraire, l’action qui entend se soustraire au contrôle externe devient suspecte aux yeux de l’opinion.” En este sentido, Kokott y Hoffmeister afirman: “Moreover, recognition of the jurisdiction of the European Court of Human Rights would demonstrate to the citizens of the Union and the outside world that the Community takes human rights seriously.” KOKOTT, J. and HOFFMEISTER, F. ‘Opinion 2/94...’ *op. cit.* p.667.

<sup>786</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.47.

<sup>787</sup> *Ídem.*

<sup>788</sup> Como explicábamos en el Capítulo I del presente trabajo.

<sup>789</sup> Véanse las páginas 6 a 8 del presente trabajo. Es relevante señalar que las sentencias críticas hacia el Tribunal de la Unión pronunciadas por los tribunales constitucionales alemán e italiano no son una excepción, sino que otros tribunales supremos y constitucionales también se han unido a esta tendencia, dictando fallos que manifiestan la necesidad de respetar las identidades constitucionales nacionales en materia de protección de derechos fundamentales. Es el caso de Chipre, Dinamarca, España, Polonia o Suecia, como bien explica NERGELIUS, J. “The accession of the EU to the European Convention on Human Rights. A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice” *SIEPS Report n°3*, June 2015, pp. 41 y ss.

<sup>790</sup> También lo considera así Pi Llorens: “(la adhesión) contribuiría a dejar sin argumentos a las jurisdicciones constitucionales nacionales que han planteado objeciones a la primacía del derecho

por parte del Tribunal de Luxemburgo<sup>791</sup>. Igualmente, la adhesión sería importante en términos de legitimidad para el propio TEDH, ya que se consolidaría como el orden supremo en lo relativo al control externo de respeto de los derechos fundamentales no sólo de los 47 miembros actuales sino también de una organización internacional supranacional – lo cual constituye un hito en el Derecho Internacional -. Sería, por tanto, un refuerzo a la dimensión constitucional a la que también anhela el Tribunal de Estrasburgo<sup>792</sup>.

Es importante señalar el papel legitimador de los derechos humanos respecto de cualquier política pública<sup>793</sup>. En este sentido, conviene hacer referencia a las funciones “objetiva” y “subjetiva” de los derechos fundamentales. Desde la primera óptica, los derechos fundamentales son, según Díez-Picazo: “criterio de enjuiciamiento de la validez de los actos de los poderes públicos, canon privilegiado y obligatorio de interpretación del entero ordenamiento jurídico y, con todas las reservas derivadas de la idea de constitución abierta, directriz inspiradora de la acción de los poderes públicos”<sup>794</sup>. En su dimensión subjetiva, como indica Carlos Fernández-Liesa, “los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretende facilitar a las personas titulares de los derechos el

---

comunitario amparándose en la protección de los derechos fundamentales”, PI LLORENS, M. “los derechos fundamentales...” *op. cit.* p.43.

<sup>791</sup> Sin embargo, interesa destacar aquí que el hecho de aportar mayor legitimidad al TJUE para hacer frente a las resistencias de los tribunales nacionales no es algo exclusivo de la adhesión. Podríamos decir que la desconfianza de las jurisdicciones de los Estados miembros ha sido, por un lado, un palo constante en la rueda del Tribunal de la Unión, pero al mismo tiempo, ha sido una de las fuerzas motrices que provocaron que el Tribunal de Luxemburgo fuera muy activo judicialmente en la protección de los derechos humanos (cuando los Tratados no decían una palabra al respecto) precisamente para contrarrestar las suspicacias de aquellos tribunales y garantizar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

<sup>792</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición...” *op. cit.* p.395; Greer se refiere al TEDH como un auténtico Tribunal Constitucional: “The ECtHR has effectively become the Constitutional Court for greater Europe, sitting at the apex of a single, trans-national, constitutional system, which links former communist states with the West, and the EU with non-members”. Sin embargo, este mismo autor explica que esa identidad constitucional del TEDH no deja de ser abstracta, ya que su jurisdicción está limitada a declarar si ha habido o no una violación del Convenio, no tiene el poder de algunos tribunales constitucionales de anular legislación o de prescribir lo que tienen que hacer exactamente los Estados para corregir la violación. GREER S. /Williams, A. Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice?, ELJ 15 (2009) p.465-470.

<sup>793</sup> Como afirma Daniel Sarmiento: “human rights also serve a more systemic and strategic role for public institutions: the proclamation and active protection of human rights is a source of legitimacy for the political organisation entrusted with their protection. The Union has been using human rights as a source of legitimacy, as a way to reinforce the political muscle of an organisation that is still too close to the unknown”, SARMIENTO, D. “EU fundamental rights as a source of integration or disintegration?” *Despite Our Differences Blog*, 10 de abril de 2016, disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/04/10/eu-fundamental-rights-as-a-source-of-integration-or-disintegration/> (último acceso: 24 de enero de 2017)

<sup>794</sup> Díez-PICAZO, L.M. “¿Una constitución sin declaración de derechos? *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, mayo-agosto, 1991, pp.155 y ss. p.145.

ejercicio de su moralidad privada”<sup>795</sup>. Por tanto, proteger estos derechos en la Unión Europea no implica sólo dotarles de contenido, sino que también es necesario proporcionarles los efectos inherentes a su naturaleza específica. Por eso, para que el efecto legitimador de los derechos humanos sea creíble, también debería permitírseles producir un efecto corrector respecto de las acciones que menoscaban los intereses jurídicos protegidos por ellos<sup>796</sup>. Sólo de esta manera los derechos humanos pueden cumplir su misión: legitimar aquellas acciones públicas que los respetan y corregir aquellas acciones que los vulneran. Sin embargo, hay ámbitos de la Unión Europea como es el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, donde el TJUE restringe ese efector corrector, ya que sólo lo permite en tanto en cuanto no afecte a la eficiencia del sistema<sup>797</sup>. Es precisamente en este punto donde la adhesión de la Unión marcaría la diferencia, ya que ayudaría a asegurar que a los derechos fundamentales se les permite desplegar los efectos inherentes a su naturaleza, tanto el legitimador como el corrector de toda actividad pública de la UE, así como su función objetiva y subjetiva.

### 2.3.2. Legitimidad política *ad intra* y *ad extra*

Junto al flanco de la legitimidad jurídica, desde los inicios del proyecto de la adhesión se consideró que ésta aportaría legitimidad en términos políticos<sup>798</sup> para la Unión tanto dentro de sus fronteras *ad intra*<sup>799</sup> – frente a los propios Estados miembros -, como fuera de ellas, *ad extra* – frente a los terceros Estados<sup>800</sup> -. Y es que, a medida que la Unión ha

---

<sup>795</sup> FERNANDEZ LIESA., C.R., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, Capítulo XXIII de PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, en colaboración con Rafael de Asís y Ángel Llamas, BOE, Madrid 1995, pp. 641-675, p.646.

<sup>796</sup> CALLEWAERT, J. “To accede or to not accede...” op. cit p. 511.

<sup>797</sup> Como veremos en el Capítulo III del presente trabajo.

<sup>798</sup> Como señala acertadamente Martín y Pérez de Nanclares en su obra “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica”, este proyecto va más allá de lo estrictamente legal y tiene indudables implicaciones políticas. El profesor Azpitarte afirma: “Creo que existe, principalmente, un argumento político-constitucional, puesto que la adhesión concedería a la Unión un fundamento material de legitimidad, que la entroncaría con la historia constitucional europea y daría a los derechos fundamentales una singular rigidez, proyectada incluso frente al poder de reforma o el Tribunal de Justicia”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” op. cit. p.38.

<sup>799</sup> La profesora Ana Salinas define la adhesión como “un proceso abierto durante décadas que apunta al corazón mismo del proceso de integración europea y a la propia legitimidad política y democrática de ésta”, SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, blog *Aquiescencia*, 23 de noviembre de 2015, <http://aquiescencia.net/2015/11/23/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-por-ana-salinas-de-frias/> (último acceso: 7 de enero de 2017)

<sup>800</sup> Interesa destacar aquí las palabras de Cástor Díaz Barrado: “La cuestión relativa al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales no se plantea solamente, como se sabe, en el seno de la Unión Europea y en sus relaciones *ad intra* sino que, al mismo tiempo, ha encontrado determinadas expresiones en la acción exterior de este proceso de integración” DÍAZ BARRADO, C. “Los derechos humanos en la

manifestado su preocupación por los derechos humanos, ha resultado cada vez más paradójico que esta organización no fuera Parte en el Convenio de Roma. En efecto, los derechos fundamentales constituyen un núcleo esencial del ordenamiento jurídico de la UE. Tal y como establece el artículo 2 TUE, los derechos humanos forman parte de los valores de la Unión<sup>801</sup>. Ya en el Consejo Europeo de Colonia de 1999, los Jefes de Estado y de Gobierno declaraban: “La salvaguardia de los derechos fundamentales es uno de los principios básicos de la Unión Europea y una condición indispensable para la legitimidad de la misma”<sup>802</sup>. El Tribunal se ha manifestado afirmando que los derechos humanos constituyen un requisito de legalidad de los actos comunitarios<sup>803</sup> y que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos<sup>804</sup>.

En su dimensión exterior, la Unión ha hecho de estos derechos su buque insignia y se ha presentado al mundo como su férrea defensora. No en vano el artículo 3.5 del TUE establece que la Unión contribuirá a la protección de los derechos humanos en sus relaciones exteriores<sup>805</sup>. Del mismo modo, el artículo 21.1 TUE establece que su acción en la escena internacional se basará en “los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo”, entre los que se

---

acción exterior de la Unión Europea: nuevas bases para la fragmentación en materia de derechos humanos” en MANERO SALVADOR, A. *La acción exterior de la UE en materia de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria nº 4, 2014; Ya en el año 1979, Economides y Weiler afirmaban: “Accession to the substantive and institutional provisions of one of the most celebrated international instruments for the protection of human rights could only serve to enhance the international personality, status and political image of the Communities vis-à-vis both third parties and Member States”, ECONOMIDES, K., WEILER, J.H.H., “Report of Committees...” *op. cit.* p.3; En una línea muy similar, Monica Claes sostiene: “accession would be most important politically and symbolically (...). This would have benefitted the legitimacy and credibility of the EU, both in external relations and vis-à-vis its member states, and accordingly also of the CJEU as a fundamental rights court. Accession was essential to solemnly confirm the EU's commitment to the protection of fundamental rights and to be recognized as the hallmark of human rights protection both internally and externally, and serve the values it proclaims”, CLAES, M. “Accession or no accession? A national perspective” *op. cit.* p.85.

<sup>801</sup> Véanse las páginas 41 y siguientes del presente trabajo.

<sup>802</sup> Consejo Europeo de Colonia, 3-4 junio de 1999, Conclusiones de la Presidencia, Anexo IV. Disponibles en: <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/#> (último acceso: 7 de enero de 2017).

<sup>803</sup> Dictamen 2/94, apartado 34.

<sup>804</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, apartado 73. Reiterado posteriormente en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, apartado 284.

<sup>805</sup> Artículo 3.5 del TUE: “En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.” (énfasis añadido)

encuentran los derechos humanos<sup>806</sup>. Más llamativo aún es que el artículo 49 del TUE – que contiene el fundamento jurídico para toda adhesión de un tercer Estado - exige a los países que deseen formar parte de la Unión Europea que se comprometan a respetar y promover los valores establecidos en el artículo 2, y por tanto, entre ellos, los derechos humanos. El artículo 49 está basado en los denominados “criterios de Copenhague”<sup>807</sup>, que son las condiciones *sine qua non* para que un Estado pueda ingresar en esta organización internacional. Entre estos criterios, se encuentra la obligación de respetar los derechos humanos<sup>808</sup>. Aunque ni el artículo 49 ni las conclusiones del Consejo Europeo de Copenhague establezcan expresamente la necesidad de haber ratificado el CEDH para cumplir este requisito<sup>809</sup>, es cierto que los 28 Estados Miembros son Parte en este Tratado internacional<sup>810</sup> y es difícilmente concebible que un Estado se adhiera a la

---

<sup>806</sup> Artículo 21.1 del TUE: “La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional.”

<sup>807</sup> Reciben este nombre porque fueron definidos en el Consejo Europeo de Copenhague que tuvo lugar los días 21 y 22 de junio de 1993 y cuyas conclusiones pueden leerse en: <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/#> (último acceso: 7 de enero de 2017). Estos criterios fueron completados en el Consejo Europeo de Madrid, que tuvo lugar los días 15 y 16 de diciembre de 1995, cuyas conclusiones pueden verse desde esa misma página.

<sup>808</sup> Los criterios de Copenhague se clasifican en tres categorías: (i) criterios políticos: la estabilidad de las instituciones que garantizan la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías; (ii) criterios económicos: la existencia de una economía de mercado viable, la capacidad para hacer frente a la presión de la competencia y a las fuerzas del mercado en el seno de la UE; y (iii) criterios jurídicos: la capacidad de asumir las obligaciones como miembro que se derivan del Derecho y de las políticas de la UE (acervo), incluida la adhesión a los objetivos de la Unión política, económica y monetaria. Para más información sobre el proceso de adhesión de un país tercero a la Unión y sobre los “criterios de Copenhague”, véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l14536> (último acceso: 7 de enero de 2017).

<sup>809</sup> Es muy común leer que la adhesión al CEDH es uno de los criterios de Copenhague. Véase como ejemplo el informe de 18 de marzo de 2008, Doc. 11533, elaborado por la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Derechos humanos para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, siendo ponente la parlamentaria Mme. Marie-Louise Bermelmans-Videc, en cuya página 2 afirma: “Whereas accession to the ECHR is one of the conditions of entry into the EU listed among the 1993 Copenhagen criteria...”. Lo cierto es que estos criterios no especifican expresamente que la adhesión al Convenio sea exigida, como explica Christina Eckes en ECKES C., ‘EU Accession to the ECHR...’ *op. cit.* p.257.

<sup>810</sup> En este sentido, conviene señalar el caso de Reino Unido, cuyo exprimer Ministro, David Cameron, sugería desde 2013 que no descartaba que su país se retirara del CEDH. Véase esta noticia de 2013 <http://www.theguardian.com/politics/2013/sep/29/david-cameron-human-rights-convention> o ésta de 2015 <http://www.euractiv.com/sections/uk-europe/cameron-wont-rule-out-uk-leaving-european-convention-human-rights-315105> (último acceso: 12 de noviembre de 2015). Vaughne Miller realizó el siguiente estudio para la Cámara baja británica bajo el título “Is adherence to the European Convention on Human Rights a condition of European Union membership?” en 2014, disponible en: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06577> (último acceso: 12 de noviembre de 2015). En este informe se demuestra que la cuestión no es pacífica, cita a autores que consideran que, en caso de que el Reino Unido se retirara del CEDH dejaría de ser miembro de la Unión y autores que piensan lo contrario, sin llegar a un cierre concluyente. Lo que sí es cierto es que los Tratados no establecen en ninguno de sus artículos que el hecho de que un Estado miembro deje de ser Parte en el CEDH haría que éste estuviera automáticamente fuera de la Unión, más que nada porque no hay ninguna

Unión sin estar integrado en el sistema del CEDH<sup>811</sup>. En efecto, a pesar de que los Tratados no prescriban de forma expresa la necesidad de formar parte del Convenio de Roma para ingresar en la Unión, las instituciones consideran que el ser parte en este Tratado internacional es una muestra necesaria del respeto de los derechos humanos<sup>812</sup>. Asimismo, la Unión introduce cláusulas de derechos humanos en sus acuerdos comerciales con terceros Estados<sup>813</sup>.

Toda esta defensa de los derechos fundamentales por parte de la Unión tanto en su ordenamiento jurídico como en su práctica jurisprudencial contrasta claramente con su falta de vinculación al Convenio<sup>814</sup>. Son varios los autores que se han manifestado sobre esta anomalía y consideran que la adhesión es necesaria para revertir esta situación y que la Unión recupere su credibilidad<sup>815</sup>. Es incongruente que la Unión adopte el papel de

---

disposición que prevea la posibilidad de expulsar a un Estado miembro ni aunque se produjera un caso de violación sistemática de derechos humanos. La sanción más grave en relación a la vulneración de estos derechos por un Estado de la Unión es el artículo 7 TUE, conocido como la “opción nuclear”, que prevé la sanción de suspender al Estado en cuestión de sus derechos de voto en el Consejo.

<sup>811</sup> Carlos Fernández Liesa afirma que la pertenencia al CEDH es como tener un “pasaporte democrático” en tanto que confirmación de que el Estado parte respeta los derechos humanos y se rige por un sistema democrático, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., “El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica” *op. cit.* p.325.

<sup>812</sup> Véase, por ejemplo, el dictamen de la Comisión Europea sobre la adhesión de Bulgaria a la Unión: “Bulgaria has introduced various internal rules designed to ensure respect for human rights and minorities’ rights. Such respect may also be guaranteed by the application of certain international conventions, most notably the European Convention for the Protection of Human Rights and its main additional protocols. Under Article F of the EU Treaty, this set of provisions forms part of the *acquis*: any State wishing to join the European Union must first have ratified the said texts” (énfasis añadido). Dictamen de la Comisión Europea sobre la adhesión de Bulgaria a la Unión Europea, DOC/97/11, Bruselas, 15 de julio de 1997, disponible en: [http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/dwn/opinions/bulgaria/bu-op\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enlargement/archives/pdf/dwn/opinions/bulgaria/bu-op_en.pdf) (último acceso: 12 de noviembre de 2015).

<sup>813</sup> Véase, por todos: BARTELS, L. *Human Rights Conditionality in the EU’s International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

<sup>814</sup> Ya en 1979, la Comisión Europea señalaba en su Memorándum esta contradicción, como argumento en favor de la adhesión: “If respect for human rights is for a State an essential condition of membership of the Community, then it is only logical to bind the Communities themselves to respect such rights.” párrafo 14, Memorándum de la Comisión Europea de 1979, citado en pie de página 50; Como señala acertadamente Spaventa: “The gap between what the EU requires from others and what it does itself would be, in itself, a very powerful reason for accession”, SPAVENTA, E. (2015). “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.43.

<sup>815</sup> Véanse HERMIDA DEL LLANO, C. “Los derechos fundamentales...” *op. cit.* p.188; GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* p. 5; Alston y Weiler afirman: “It appears to be highly anomalous, indeed unacceptable, that whilst membership of the Convention system is, appropriately, a prerequisite of accession to the Union, the Union itself — or at least the Community — remains outside that system. The negative symbolism is self-evident.” en ALSTON, P./ WEILER J. H. H. “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy” *op. cit.* p.686; Krüger declara: “The credibility of the European Union’s human rights policy is at stake, too. There is a growing contradiction between the human rights commitments demanded from non-European Union States, for instance in connection with development aid and association agreements, and the lack of any external scrutiny whatsoever of the Union’s own actions. Does it really make sense to make ratification of the European Convention on Human Rights a condition for European Union membership, when the European Union itself, and its legislation, are wholly exempt from supervision by the Convention bodies?”, KRÜGER, H.C. “Reflections concerning accession...” *op. cit.* p.94



adadid de la defensa de los derechos humanos fuera de sus fronteras y que, al mismo tiempo, no sujete su propio ordenamiento jurídico a ninguna forma de evaluación externa de los derechos humanos<sup>816</sup>.

Hay un cierto consenso doctrinal en torno a que la adhesión incrementaría la legitimidad de la Unión<sup>817</sup>, especialmente, en sus relaciones exteriores<sup>818</sup>. *Sensu contrario*, la situación actual cuestionaría la credibilidad de la Unión<sup>819</sup>. En el ámbito institucional, el

---

<sup>816</sup> ODERMATT, J. “The European Union accession to the European Convention on Human Rights: an international perspective”, Working Paper No. 136 – April 2014, Leuven Centre for Global Governance Studies, p.11; Interesa señalar las palabras de Alston y Weiler sobre la incongruencia de la política exterior de la Unión y su falta de responsabilidad interna, así como de la necesidad de predicar con el ejemplo: “In relation to its external policies, the irony is that the Union has, by virtue of its emphasis upon human rights in its relations with other states and its ringing endorsements of the universality and indivisibility of human rights, highlighted the incongruity and indefensibility of combining an active external policy stance with what in some areas comes close to an abdication of internal responsibility. At the end of the day, the Union can only achieve the leadership role to which it aspires through the example it sets to its partners and other states. Leading by example should become the *leitmotif* of a new European Union human rights policy”, ALSTON, P. and WEILER J. H. H. An “Ever Closer Union...” *op. cit.* p. 663

<sup>817</sup> Douglas Scott declara: “the accession would finally answer criticisms of double standards: that the EU requires accession of all Member States but not, before Lisbon at least, of itself” en DOUGLAS SCOTT, S. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice”, 24 de diciembre de 2014, disponible en: <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/> (último acceso: 7 de enero de 2017); LOCK, T.: “EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg” (2010) 35 *European Law Review* p. 778: “Therefore, it is high time that the Union itself acceded in order to foster its credibility on human rights issues”; ODERMATT, J. “The European Union accession...” *op. cit.* p.10: “Accession is undoubtedly an important symbolic and political act; it sends the message that the EU not only speaks about human rights, but is itself willing to assume binding obligations under Europe’s key human right instrument”; OLLÉ SESÉ, M. “Introducción” La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea, Jornada de Expertos, Madrid, 21 de octubre de 2011, p.4: “(la adhesión supondrá) desarrollar una cultura común de la Unión Europea en el ámbito de los derechos humanos, lo que conducirá a reforzar la credibilidad del sistema europeo en la protección y la defensa de los derechos humanos”

<sup>818</sup> En este sentido, interesa destacar las palabras de Korenica: “On the international plan, accession will seriously strengthen the position of EU and its Court in face of their Member States but also in relation to its external sovereignty portrait. In this regard, with EU fortifying its external portray of sovereignty, accession will likely produce an output that fortifies EU’s external competences and authority. Such output will possibly also adjust the context under which global law offers room to the EU, with a constant increase of international law becoming open to the EU’s seating”, KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.437; Kuijer afirma: “The EU’s accession to the ECHR will send a strong signal to third countries (such as China and Iran) that are frequently called to account by the EU in relation to human rights issues”, KUIJER, M. “The accession of the European Union to the ECHR...” *op. cit.* p. 22; Por su parte, Odermatt manifiesta: “By joining the ECHR system, the EU signifies to its own Member States and the outside world that it too is subject to international human rights, founded in international law, and supervised by an independent Court”, ODERMATT, J. “The European Union accession...” *op. cit.* p.11; Sanz Caballero considera que “reforzará la credibilidad de la UE frente a países terceros a los que la UE, en sus relaciones bilaterales, insta constantemente a que respeten los derechos fundamentales” SANZ CABALLERO, S. “Crónica de una adhesión anunciada...” *op. cit.* p. 103.

<sup>819</sup> LOCK, T. “Walking on a tightrope...” *op. cit.* p. 1026: “The fact that the EU itself is not a signatory to any human rights instrument at the moment seriously undermines its credibility internationally. By signing up to the ECHR, the EU would subject itself to the very standards it requires of others and its own legitimacy would be enhanced”; POLAKIEWICZ, J. “The Future of Fundamental Rights...” *op. cit.* p. 6: “Without accession, the credibility of the EU’s human rights policy will be at stake”

Parlamento Europeo también se ha manifestado en el sentido de que la adhesión reforzaría su legitimidad respecto a los terceros países<sup>820</sup>. Thorbjørn Jagland, el Secretario General del Consejo de Europa, declaraba en la reunión que marcaba el inicio de las negociaciones entre ambos bloques el 7 de julio de 2010 que, mediante la adhesión, la Unión enviaría un mensaje muy poderoso al resto del mundo<sup>821</sup>. En efecto, la adhesión supondría enviar una importante señal de que, más allá de todas las diferencias, Europa comparte un núcleo común de derechos fundamentales, que reflejan la creencia profundamente arraigada de que cualquiera que se encuentre bajo su jurisdicción tiene derecho al respeto de los mismos derechos individuales básicos<sup>822</sup>. Según Weiler, la adhesión supondría el fortalecimiento de la personalidad internacional de la Unión y un paso más hacia su imagen como un “Estado federal”<sup>823</sup>. Por su parte, Klabbers, considera que la adhesión proporcionaría a la Unión Europea un nuevo “mito fundacional” para justificar su existencia e incrementar su legitimidad<sup>824</sup>.

Además, hay que tener en cuenta otro hecho importantísimo: a través de la adhesión, la Unión Europea participaría en los órganos de control del Convenio, lo cual incrementaría su legitimidad al poder alzar su voz en aquéllos. Así se solventaría la complicada situación en la que se encuentra actualmente la Unión Europea al encontrarse vinculada indirectamente por el Convenio, pero no poder defenderse formalmente ante el Tribunal de Estrasburgo ni poder manifestarse en el Comité de Ministros o la Asamblea Parlamentaria, como explicábamos al inicio de este Capítulo. La adhesión revertiría esta situación. En efecto, el Proyecto de acuerdo de adhesión prevé que una delegación del Parlamento Europeo participe con derecho a voto en la Asamblea Parlamentaria del

---

<sup>820</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2010-0184+0+DOC+PDF+V0//ES> (último acceso: 7 de enero de 2017) p.3: “esta adhesión reforzará asimismo la credibilidad de la Unión frente a los países terceros, a los que en sus relaciones bilaterales pide constantemente que respeten el CEDH”

<sup>821</sup> Discurso de Thorbjørn Jagland el 7 de julio de 2010, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-906\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-906_en.htm) (último acceso: 7 de enero de 2017): “The European Convention on Human Rights is the essential reference for human rights protection for all of Europe. By accepting to submit the work of its institutions to the same human rights rules and the same scrutiny which apply to all European democracies, the European Union is sending a very powerful message – that Europe is changing – and that the most influential and the most powerful are ready to accept their part of responsibility for that change and in that change,” said Thorbjørn Jagland, Secretary General of the Council of Europe”.

<sup>822</sup> CALLEWAERT, J. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.11.

<sup>823</sup> WEILER, J. H. H. “Eurocracy and Distrust...” *op. cit.* p.34.

<sup>824</sup> KLABBERS, J. “On Myths and Miracles: The EU and its Possible Accession to the ECHR” 1 *Hungarian Yearbook of International and European Law* (2013) 45-62, p. 58.



Consejo de Europa cuando ésta ejerza su función de elección de los jueces del TEDH<sup>825</sup>. Asimismo, de conformidad con el acuerdo de adhesión, la Unión participaría en el Comité de Ministros para ciertos asuntos como los arreglos amistosos (artículo 39 del Convenio) o la supervisión de la ejecución de las sentencias (artículo 46 del Convenio)<sup>826</sup>. Por último, la Unión Europea contaría con un juez permanente en el Tribunal de Estrasburgo<sup>827</sup>.

En todo caso, la adhesión no debe verse como un mero toque cosmético para la Unión Europea, sino la manifestación de un auténtico compromiso con los derechos humanos<sup>828</sup>. La integración de esta organización internacional en el CEDH incrementaría la legitimidad de Europa en su conjunto en tanto en cuanto resultara en una mejor defensa de los derechos fundamentales que es, al fin y al cabo, el objetivo último de la adhesión<sup>829</sup>. Como adelantábamos al inicio de este epígrafe, la adhesión aportaría mayor credibilidad a la Unión porque ésta se sometería a la supervisión de un órgano externo y porque el sistema en su conjunto pasaría a ser más coherente tanto desde un punto de vista

---

<sup>825</sup> Véase el artículo 6 del Proyecto de acuerdo de adhesión: “1. A delegation of the European Parliament shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges in accordance with Article 22 of the Convention. The delegation of the European Parliament shall have the same number of representatives as the delegation of the State which is entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe.

2. The modalities of the participation of representatives of the European Parliament in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and its relevant bodies shall be defined by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in co-operation with the European Parliament.”

<sup>826</sup> Artículo 7 del Proyecto de acuerdo de adhesión.

<sup>827</sup> Conviene señalar que el proyecto de acuerdo de adhesión no especifica que la Unión Europea contaría con un juez en el TEDH. En cambio, sí se refiere a este hecho el proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión que, en el apartado 77, explica que no es necesario modificar el Convenio para permitir la elección de un juez respecto de la Unión Europea, ya que el propio artículo 22 del Convenio prevé que un juez sea elegido por cada Parte Contratante. Por tanto, una vez que la Unión Europea sea Parte en el Convenio, tendría derecho a un juez en el TEDH.

<sup>828</sup> En este mismo sentido, afirma Rafael Marín: “La promoción de los derechos humanos no puede ni debe ser el pretexto para imponer las propias preferencias (...). En el extremo contrario, se puede caer en el *kitsch*, es decir, en el excesivo sentimentalismo que convierta la promoción de los derechos humanos y la democracia en una mera tendencia *estética*”, MARÍN AÍZ, R. “La Unión Europea y el Derecho internacional de los derechos humanos!”, tesis doctoral. Director: Javier Roldán Barbero. Universidad de Granada, 2013, p.186.

<sup>829</sup> Como afirma Paul Gragl: “One must not forget that accession is not an end in itself. The objective and purpose of accession is rather to enhance the legal protection of human rights in Europe”, GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* p.10; Véanse también las palabras de Odermatt: “EU accession, it is argued, is more than a political or symbolic act, but one that seeks to remedy some of the deficiencies in the system of human rights protection in Europe” ODERMATT, J. “The European Union accession...” *op. cit.* p.11.

normativo como jurisdiccional. Por tanto, los tres pilares argumentales analizados están indisolublemente vinculados y ponen de manifiesto la necesidad de la adhesión.

## **SEGUNDA PARTE**

# **LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

## **Introducción a la Segunda Parte: el Dictamen 2/13 como eje vertebrador de los problemas jurídicos que plantea la adhesión**

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y del Protocolo nº 14, los principales impedimentos a la integración de la Unión en el sistema del Convenio son de tipo jurídico más que político<sup>830</sup>. Desde una perspectiva teórica, todos los Estados parecen ser proclives a la adhesión, o por lo menos, todos dieron su consentimiento a la introducción del artículo 6.2 en el Tratado de Lisboa<sup>831</sup>. Por tanto, actualmente, el principal obstáculo es el conflicto entre las propias características del ordenamiento jurídico la Unión Europea y el sistema del Convenio, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de la Unión en el Dictamen 2/13. Por ello, esta decisión es clave para el estudio de la II Parte de la presente tesis doctoral, tornándose en una verdadera columna vertebral que nos permitirá ir diseccionando los problemas jurídico-técnicos a los que se enfrenta la adhesión.

La colisión entre dos grandes bloques normativos y procesales constituye una preocupación de la doctrina y de las instituciones desde que se empezó a concebir la idea de la adhesión. Esta inquietud se tradujo en la creación de tres salvaguardias: la segunda frase del artículo 6.2 del TUE, el Protocolo nº 8 y la Declaración nº 2<sup>832</sup>. Según el Tribunal, el acuerdo de adhesión no respeta estas disposiciones por un elenco de diez razones que aborda a lo largo de 258 apartados y que analizaremos en la II Parte del presente trabajo. Ni los estudios más agoreros habían previsto tantos obstáculos como los señalados por el Tribunal en el Dictamen ni habían pronosticado el pronunciamiento tan tajante del TJUE declarando la incompatibilidad del acuerdo de adhesión con el ordenamiento jurídico de la Unión<sup>833</sup>.

---

<sup>830</sup> Como afirma Olivier De Schutter: “à présent que la question politique est réglée, ce sont les questions juridiques et techniques qu’il faut affronter: elles ne sont pas insurmontables mais elles ne sont pas mineures” DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme : feuille de route...” *op. cit.* p.1.

<sup>831</sup> Asimismo, los veinticuatro Estados que participaron en el procedimiento consultivo que desembocó en el Dictamen 2/13 manifestaron su conformidad con el acuerdo de adhesión.

<sup>832</sup> Protocolo nº 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Declaración nº 2 relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>833</sup> Como señala Henri Labayle: “La réponse de la Cour de justice était crainte, évidemment, mais sans doute pas au point d’en conclure à une censure aussi radicale”, LABAYLE, H. “la guerre des juges...” *op.*

Este pronunciamiento judicial supone un freno para el proceso de adhesión, al que sitúa en una encrucijada rodeada de incertidumbre<sup>834</sup>. A pesar de ello, se trata de una decisión fundamental que, desde el punto de vista jurídico, tiene un interés extraordinario. La gran diferencia entre el Dictamen 2/94<sup>835</sup> y el Dictamen 2/13 - entre los que han transcurrido casi veinte años - es que, en el segundo, el Tribunal trata los problemas sustantivos y procedimentales de compatibilidad del acuerdo de adhesión con el ordenamiento jurídico comunitario, mientras que en el primero el TJUE sólo se pronunció sobre la competencia de la Comunidad para adherirse al Convenio. El responsable de esa diferencia es el ya conocido artículo 6.2 TUE, que ha aportado la base jurídica para la adhesión y ha permitido que el Tribunal pudiera entrar en el núcleo de la compatibilidad<sup>836</sup>. Otra divergencia notable con el Dictamen 2/94<sup>837</sup> es que en éste el Tribunal dedica un análisis mucho más amplio a la admisibilidad que en el Dictamen 2/13<sup>838</sup>. En este último pronunciamiento, el Tribunal despacha esta cuestión sin prestar demasiada atención a la ausencia de “reglas internas”<sup>839</sup>, que sí era, en cambio, objeto de preocupación por parte de la Comisión y los Estados miembros<sup>840</sup>. El TJUE aclara que su examen se centra en el proyecto de acuerdo de adhesión y “por lo que respecta a las normas internas, dado que

---

*cit.* p.6.; También Johansen: “Although some experts, admittedly, had been skeptical about certain aspects of Draft Accession Agreement, no one seems to have expected an opinion so critical and uncompromising”, JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences” *German Law Journal* Vol. 16 No. 01, p.169-178, p.169; Son de la misma opinión Arold, Groussot y Petursson: “So everything seemed to point towards a positive (even if conditional) outcome on the accession of the EU to the ECHR. We were wrong. And the Court said no to the accession of the EU to the ECHR”, AROLD, N.L. GROUSSOT, X. & PETURSSON, G.T., ‘The Paradox of Human Rights Protection in Europe: Two Courts, One Goal?’, in ARNARDOTTIR, O.M. and BUYSE, A. *Shifting Centers of Gravity in Human Rights Protection*, Routledge, 2016, pp.8-26, p.4.

<sup>834</sup> Veremos en el Capítulo V las posibles vías que se abren a partir de esta decisión.

<sup>835</sup> Analizado en el Capítulo I del presente trabajo.

<sup>836</sup> Como el propio Tribunal aclara en el apartado 153 del Dictamen: “Antes incluso de iniciar el análisis de la solicitud de la Comisión, es importante señalar, con carácter preliminar, que, a diferencia del estado del Derecho comunitario vigente en el momento en que el Tribunal de Justicia emitió su dictamen 2/94 (EU:C:1996:140), la adhesión de la Unión al CEDH dispone, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de una base jurídica específica en el artículo 6 TUE.”

<sup>837</sup> Apartados 1-22 del Dictamen 2/94.

<sup>838</sup> Apartados 144-152 del Dictamen 2/13.

<sup>839</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.831.

<sup>840</sup> Véanse los apartados 111-116 del Dictamen 2/13. Según los Gobiernos búlgaro, danés, irlandés, francés, húngaro, portugués, finlandés, sueco y del Reino Unido, y según el Parlamento y el Consejo, la circunstancia de que no se hayan adoptado aún normas internas no afecta a la admisibilidad de la solicitud. En cambio, algunos Estados sostenían la inadmisibilidad total de la solicitud de dictamen por la ausencia de reglas internas – como el Gobierno helénico – o la inadmisibilidad parcial – como es el caso de España, que propugnaba que se declarara inadmisibile la solicitud en lo que se refería a los aspectos del Proyecto de acuerdo que están aún por precisar en las citadas normas internas como los relativos a las cuestiones de la representación de la Unión ante el TEDH, la intervención previa del Tribunal de Justicia, los procedimientos que han de seguirse para elaborar la lista de tres candidatos al puesto de Juez y la participación de la Unión en la Asamblea o en el Comité de Ministros, así como las nuevas reglas de voto contenidas en el Proyecto de regla 18 (véase el apartado 115 del Dictamen).

éstas aún no han sido aprobadas, su contenido es sólo hipotético, y, en cualquier caso, su carácter de Derecho interno de la Unión excluye que puedan ser objeto del presente procedimiento de Dictamen, que únicamente puede referirse a acuerdos internacionales que la Unión haya previsto celebrar”<sup>841</sup>.

Una vez que el Tribunal decide que la cuestión es admisible y antes de entrar en el asunto de la compatibilidad, realiza unas consideraciones preliminares sobre la idiosincrasia de la Unión que merecen ser tenidas en cuenta<sup>842</sup>. En efecto, el Tribunal despliega en este Dictamen un razonamiento donde desvela una visión constitucional parcialmente inédita sobre qué es la Unión Europea y qué constituye su naturaleza más profunda<sup>843</sup>. Bajo una sólida explicación sobre los principios esenciales del ordenamiento jurídico de la Unión, subyace un sutil anuncio de las incompatibilidades que el Tribunal encontrará en los párrafos posteriores<sup>844</sup>. Asimismo, es relevante el estudio que realiza sobre la posición de los derechos fundamentales en “el corazón” del ordenamiento jurídico de la Unión y sobre la importancia de la Carta<sup>845</sup>. Parece que los jueces de Kirchberg son conscientes de la

---

<sup>841</sup> Apartado 149 del Dictamen 2/13.

<sup>842</sup> Apartados 153-177 del Dictamen 2/13. Sobre la importancia de estas cuestiones preliminares, interesa destacar estas palabras de Lazowski y Wessel: “These proclamations are of fundamental importance for the analysis of the Court that follows. They serve as a point of departure for a series of powerful arguments that set the stage, or to put it differently, create a fortress EU. It seems as if the Court wishes to convey: This is our point of departure; this is where we stand”, LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.187. También conviene señalar las palabras de la profesora Catherine Barnard: “the discussion in paragraphs 153-177 was not put there simply to teach EU lawyers to suck EU eggs; these paragraphs are integral to the logic that followed. They provided the context for the Court to consider not just the points raised by the Member States in their submissions but also the bigger constitutional picture” BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining”, *EU Law Analysis Blog*, 16 de febrero de 2015 <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html>. (último acceso: 17 de febrero de 2015).

<sup>843</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance: nature juridique de l’Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Cahiers de Droit Européen* n° 1, 2015, p. 73-112, p. 73; Como explica Kochenov: “The Opinion is no new law, however—it is just a summary by the Court of what the EU is about”, KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1 (2015), pp. 60–73, p.94.

<sup>844</sup> Como señalan De Witte e Imamovic: “At first sight, this passage of the Opinion may seem like an uncontroversial summary of the essentials of EU constitutional law (...) all of which are important constitutional rules or mechanisms, but none of which seems to be directly relevant for assessing the compatibility of the Accession Agreement. And yet, this passage contains some subtle announcements of arguments that are spelled out by the Court in the remainder of the Opinion when finding concrete incompatibilities”; DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR defending the EU legal order against a foreign human rights court” *European Law Review* 2015, v. 40, n. 5, p. 683-705, p.695. En la misma línea, Halleskov: “This impression is reinforced by the CJEU’s preliminary considerations in Opinion 2/13 which herald the tone of the remaining part of the Opinion”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.517.

<sup>845</sup> Véanse los apartados 169 a 177. 169. Concretamente, el apartado 169: “En el corazón de esa construcción jurídica figuran, además, los derechos fundamentales reconocidos en la Carta —que, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados—, cuyo respeto constituye un requisito de legalidad de los actos de la Unión, de suerte que no pueden admitirse en la Unión medidas incompatibles con esos mismos derechos”

dura crítica con la que su Dictamen será recibido y de las acusaciones sobre que no se toman en serio los derechos humanos, por lo que elaboran estos párrafos como un “contraataque” preventivo<sup>846</sup>.

Tras realizar estas cuestiones preliminares, el Tribunal entra a analizar la compatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión (“PAA”) con el Derecho primario de la Unión, y disecciona su examen en cinco áreas: i) las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión ii) el artículo 344 TFUE iii) el mecanismo del codemandado iv) el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia y v) las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC. Dentro de estos cinco ámbitos, el TJUE identifica diez objeciones<sup>847</sup>. En este trabajo, dividiremos el análisis del Dictamen en dos grandes capítulos. En el Capítulo III examinaremos los tres problemas relativos al conflicto del proyecto de acuerdo con las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión. En el Capítulo IV estudiaremos los siete obstáculos que atañen a la colisión entre el proyecto de acuerdo y la exclusividad jurisdiccional del Tribunal<sup>848</sup>.

---

<sup>846</sup> LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.187.

<sup>847</sup> Las diez objeciones son las siguientes:

- (i) La falta de coordinación entre el artículo 53 del Convenio y el artículo 53 de la Carta
- (ii) El riesgo para el principio de confianza mutua
- (iii) la falta de articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE
- (iv) La colisión entre las demandas interestatales previstas en el artículo 33 del Convenio y el artículo 344 TFUE
- (v) El poder del TEDH de decidir sobre la solicitud de codemandado
- (vi) La posible condena a un Estado miembro por parte del TEDH por violación de una disposición respecto de la cual hubiese realizado una reserva
- (vii) El poder de decisión del TEDH sobre que sólo el demandado o el codemandado sea individualmente responsable
- (viii) El poder de decisión del TEDH sobre la activación del procedimiento de intervención previa
- (ix) El ámbito material del procedimiento de intervención previa
- (x) La atribución en exclusiva al TEDH del control jurisdiccional de los actos adoptados por la Unión en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)

<sup>848</sup> Como indica Tobias Lock, el Dictamen versa sobre dos grandes cuestiones: la autonomía y la exclusividad del Tribunal. LOCK, T. “Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR”, *Verfassungsblog*, 18 diciembre 2014, <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJQI0WcgB4> (último acceso: 7 de enero de 2017).

## CAPÍTULO III: LOS PROBLEMAS REFERENTES A LAS CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS Y A LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

### 3.1. Marco conceptual: las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión

El primer bloque de objeciones que identifica el Tribunal de Luxemburgo para justificar la incompatibilidad del PAA con los Tratados constitutivos es aquél que “puede afectar a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía”<sup>849</sup>. El TJUE llega a esta conclusión tras detectar tres problemas concretos: (i) la falta de coordinación entre el artículo 53 del Convenio y el artículo 53 de la Carta (ii) el riesgo para el principio de confianza mutua y iii) la falta de articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE. Antes de adentrarnos en el análisis de cada uno de estos obstáculos, consideramos necesario realizar un breve estudio de las características específicas del Derecho de la Unión y su autonomía, piedras angulares de ese Dictamen<sup>850</sup>. Conviene precisar que, aunque el TJUE agrupa este primer bloque de objeciones bajo la rúbrica “las características específicas y la autonomía del Derecho de la UE”, lo cierto es que, en los demás apartados que serán estudiados en el Capítulo IV, los obstáculos identificados por el Tribunal también se sustentan en gran parte en la indebida afectación de la especificidad y la autonomía de la Unión<sup>851</sup>. En efecto, la estructura seguida por el TJUE es confusa, ya que la autonomía no está presente sólo en las objeciones agrupadas bajo dicho epígrafe, sino que permea todo el Dictamen<sup>852</sup>.

---

<sup>849</sup> Apartado 200 del Dictamen 2/13. El Tribunal alcanza esta conclusión tras realizar un análisis que abarca desde los apartados 179 a 199.

<sup>850</sup> No pretendemos realizar un análisis exhaustivo de las características específicas y la autonomía de la Unión, que por sí misma podría dar lugar a varias tesis doctorales, sino hacer una introducción para sentar el contexto en el que el conflicto entre la adhesión y la autonomía se produce.

<sup>851</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.7. Como apunta Odermatt: “Further, even in instances where the Court does not explicitly invoke autonomy, the underlying principle may still be the motivating force behind the Court’s reasoning”, ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law” *EUI papers* 2016, p.3.

<sup>852</sup> DE WITTE, B. “The Court’s view on the autonomy and specific characteristics of EU law” en IMAMOVIĆ, Š., CLAES, M., and DE WITTE, B. (eds.) “The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13” *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 2016/3, p.12.



### 3.1.1. La especificidad y la autonomía

En las consideraciones preliminares del Dictamen, el Tribunal hace una diferenciación entre las características específicas de la Unión y las características específicas del Derecho de la Unión. Entra las primeras, según Luxemburgo, figuran las relativas a la “estructura constitucional de la Unión”, es decir, el principio de atribución de competencias<sup>853</sup> así como el marco institucional definido en los artículos 13 TUE a 19 TUE<sup>854</sup>. Entre las características específicas del Derecho de la Unión estarían la autonomía, la primacía y el efecto directo<sup>855</sup>. Esta última aserción no constituye una novedad, puesto que lleva décadas reiterándolo en su jurisprudencia<sup>856</sup>. Lo que sí llama poderosamente la atención es que, aun considerando la autonomía una de esas “características específicas”, en el título lo separa de éstas y lo trata como un elemento independiente (“sobre las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión”)<sup>857</sup>. Desconocemos si es con la intención de reforzar aún más el concepto de autonomía, incluso por encima de los consabidos conceptos de primacía y efecto directo. Según Dubout, especificidad y autonomía son una pareja “infernál” que desde siempre han sido fusionados alegremente hasta el punto de que puede dudarse del orden de los factores. Según este autor, la especificidad sería la consecuencia de la afirmación de la autonomía<sup>858</sup>. Como veremos a lo largo del análisis del Dictamen 2/13 y estudiaremos

---

<sup>853</sup> Consagrado en los artículos 4 TUE, apartado 1, y 5 TUE, apartados 1 y 2.

<sup>854</sup> Apartado 165 del Dictamen. El Título III del TUE (los artículos 13 a 19) está dedicado a establecer la definición, composición y funcionamiento de cada una de las instituciones de la Unión.

<sup>855</sup> Apartado 166 del Dictamen: “Se añaden a ello las características específicas inherentes a la naturaleza misma del Derecho de la Unión. En particular, como ha señalado en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión se caracteriza por proceder de una fuente autónoma, constituida por los constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros (véanse, en este sentido las sentencias Costa, EU:C:1964:66, pp. 1159 y 1160, e Internationale Handelsgesellschaft, EU:C:1970:114, apartado 3, los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartado 21, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65, y la sentencia Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 59), y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos (sentencia van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23, y Dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65)”

<sup>856</sup> A lo largo del Dictamen, el Tribunal reitera constantemente principios ya establecidos en su jurisprudencia anterior, a veces de forma repetitiva, como señala Pernice: “Dans son avis 2/13, la Cour de justice prend beaucoup de soin pour baser son avis sur des affirmations particulièrement vives et parfois répétitives de principes de sa jurisprudence antérieure...”, PERNICE, I. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l’homme est suspendue. Remarques à propos d’un avis surprenant de la Cour de justice de l’Union Européenne du 18 décembre 2014”, *Cahiers de Droit Européen* n° 1, 2015, p.47-72, p.49.

<sup>857</sup> Conviene apuntar que, sin embargo, en el Protocolo n° 8 anexo a los Tratados sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se establece que el acuerdo de adhesión estipulará que “se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión” y no hace ninguna mención especial a la “autonomía” como concepto separado.

<sup>858</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p. 76.

con más detalle en el Capítulo V, la autonomía y la especificidad del Derecho de la Unión Europea son los conceptos protagonistas (desafortunadamente, más que la protección de los derechos fundamentales) de este pronunciamiento<sup>859</sup>. El Tribunal los une y los magnifica como nunca lo había hecho con anterioridad para justificar la incompatibilidad del proyecto de acuerdo con los Tratados. A este respecto, señala ingeniosamente Bruno De Witte: “*the concept of specific characteristics acquired a much wider meaning in Opinion 2/13: it became the modestly sounding entrance gate through which the CJEU was able to smuggle the ‘Trojan horse’ of autonomy that enabled it to destroy the accession agreement*”<sup>860</sup>.

### 3.1.2. Definición de autonomía en su dimensión interna y externa

Para cualquier estudioso de Derecho de la Unión, la autonomía es un concepto muy manido. Sin embargo, Van Rossem explica que la autonomía es, en realidad, una especie de enigma que, a pesar del resurgimiento de su interés en el ámbito académico como consecuencia de la sentencia *Kadi*, siempre ha recibido poca atención, al menos de forma conceptual<sup>861</sup>. Es bien sabido que se trata de una construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión<sup>862</sup>, ya que no está prevista en ninguna disposición de los

---

<sup>859</sup> Como explica Karine Caunes: “L’association particulière entre « caractéristiques spécifiques » et « autonomie » opérée par la Cour est le signe d’une conception figée et protectionniste de l’identité de l’Union européenne, une identité-mêmeté nourrit de l’illusion de la permanence, incapable de s’adapter au changement forcément extérieur et forcément conçu comme une menace, allant à l’encontre de la nature même de l’Union européenne” CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne Retour vers le futur de l’avis 2/13 de la Cour de justice, de l’adhésion de l’UE à la CEDH et de l’Union européenne elle-même” ERA Forum, December 2015, Volume 16, Issue 4, pp 459–466, p.462.

<sup>860</sup> DE WITTE, B. “The Court’s view on the autonomy and specific characteristics of EU law” *op. cit.* p.9.

<sup>861</sup> VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law: More is Less?” in Wessel and Blockmans (eds) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations*, Asser Press, The Hague 2013 pp. 13 – 46, p. 14; En este mismo sentido, Korenica afirma: “Thus far, only a few sporadic attempts have been made to legally define this obscure concept”, KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.72; A pesar de que estos autores consideran que la autonomía no ha sido analizada suficientemente, merecen ser señaladas varias obras consagradas al estudio de este concepto: BARENTS, R. “The autonomy of Community Law”, *Kluwer Law International*, 2004; LASO PÉREZ, J. J.: “La autonomía del Derecho de la Unión Europea y el denominado Derecho constitucional europeo”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (coord.): *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 131-148; SCHILLING, T. “The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, 1996; WEILER, J.H.H y HALTERN, U. “The autonomy of Community Legal Order – through the looking glass”, *HILJ*, vol. 37, 1996; WESSEL, R. y BLOCKMANS, S. “Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order under the Influence of International Organisations”, Springer, 2013.

<sup>862</sup> Miguel Azpitarte da la siguiente explicación al hecho de que haya sido el TJUE el responsable de construir principios tan cardinales como el de autonomía: “el discurso político dentro de la Unión excepcionalmente ha gozado de la fuerza necesaria para generar una retórica fundacional, lo que ha dejado sobre la narrativa jurídica, en especial la del Tribunal de Justicia, el peso de esclarecer las razones de Europa”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión en busca de un nuevo equilibrio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm. 104, pp. 243-268, p.246.

Tratados<sup>863</sup>. Desde las míticas sentencias *Van Gend en Loos*<sup>864</sup> y *Costa Enel*<sup>865</sup> de los años sesenta, el Tribunal estableció que el Tratado constitutivo de la CEE no era un tratado internacional ordinario, sino que había creado un “nuevo” ordenamiento jurídico, uno “propio”<sup>866</sup>. De la misma forma, afirmaba que el Derecho comunitario nacía de una “fuente autónoma”<sup>867</sup>, lo cual fue repetido en otra sentencia emblemática *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>868</sup>. En ambos casos, la invocación de la autonomía del Derecho comunitario estaba relacionada con la afirmación de la primacía de éste sobre las leyes nacionales<sup>869</sup>. Es conocido también que la finalidad de declarar “autónomo” el orden jurídico de la Unión era asegurar el “efecto útil” de los Tratados, y por tanto, la supremacía del Derecho de la Unión sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros<sup>870</sup>.

Cabe destacar la definición que Miguel Azpitarte aporta de este concepto: “La autonomía es el presupuesto dogmático que ha caracterizado desde sus inicios la construcción del Derecho de la Unión. Se trata de un recurso intelectual harto comprensible en el comienzo, cuando se quiso explicar la existencia de una realidad jurídica separada del ordenamiento constitucional y del internacional, con los que mantenía una conexión necesaria, pues del primero surgieron los poderes que le fueron transferidos y el segundo se utilizó para dar forma al proceso de integración”<sup>871</sup>. En efecto, el Tribunal no sólo ha afirmado la autonomía *ad intra*, respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales, sino

---

<sup>863</sup> Como indica Bruno de Witte, ni siquiera es un término de Derecho internacional (excepto con un significado distinto referente al estatuto especial de partes del territorio de un Estado) en DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 65-2010, pp. 141 y ss, p.150.

<sup>864</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62 ECLI:EU:C:1963:1.

<sup>865</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, *Costa contra E.N.E.L.*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>866</sup> Sentencia *Costa contra E.N.E.L.*: “Considerando que, a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado, y que vincula a sus órganos jurisdiccionales”

<sup>867</sup> Sentencia *Costa contra E.N.E.L.*: “Considerando que del conjunto de estos elementos se desprende que al Derecho creado por el Tratado, *nacido de una fuente autónoma*, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad” (énfasis añadido).

<sup>868</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, apartado 3: “que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, *surgido de una fuente autónoma*, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma” (énfasis añadido).

<sup>869</sup> DE WITTE, B. “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?...” *op. cit.* p. 142.

<sup>870</sup> GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* *op. cit.* p.19.

<sup>871</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.246.

también *ad extra*, en cuanto al orden jurídico internacional<sup>872</sup>. Como señalábamos al inicio de este trabajo, aunque Luxemburgo defina el Derecho comunitario como “autónomo”, la Unión Europea no ha dejado de ser parte del Derecho internacional<sup>873</sup>. Así, el TJUE ha dictado decisiones de gran trascendencia en cuanto a la definición de la autonomía en su dimensión externa<sup>874</sup>, principalmente en el marco de su función consultiva. Estos pronunciamientos constituyen un elemento clave para comprender la actitud del Tribunal en el Dictamen 2/13<sup>875</sup>.

La primera decisión de estas características fue el Dictamen 1/76, donde el Tribunal estaba llamado a pronunciarse sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario del Proyecto de Acuerdo relativo a la creación de un Fondo Europeo de Inmovilización de la Navegación Interior<sup>876</sup>. Luxemburgo rechazó el establecimiento de un tribunal creado por ese acuerdo y que estaría integrado por seis de sus propios jueces<sup>877</sup>. En la década de los

---

<sup>872</sup> Como señala Odermatt: “The concept of autonomy, first developed with regard to the relationship between the Union and the Member States, became a concept that would help navigate the EU’s relationship with the wider international legal order” ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.2.

<sup>873</sup> GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* *op. cit.* p. 27. En la misma línea, Bruno de Witte afirma: “the autonomy of EU law is not absolute but relative; it does not mean that EU law has ceased to depend, for its validity and effective application, on the national law of its member states, nor that it has ceased to belong to international law”, DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?...” *op. cit.* p.142; También interesa señalar las palabras de Eeckhout en cuanto a la relación entre ambos ordenamientos: “Indeed, there is an umbilical cord, as yet unsevered, between EU standards of human rights protection and international standards: human rights treaties to which the Member States are parties, are a basis for determining the general principles of EU law”, EECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.195. Como explica Van Rossem, habría dos escuelas de pensamiento a este respecto: una que considera al Derecho de la UE como un ordenamiento con un alto grado de autonomía pero que seguiría formando parte del Derecho internacional y otra que afirma que el cordón umbilical entre la Unión Europea y el Derecho internacional se ha roto. VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p. 24 y ss. Observamos que, si tradicionalmente ha sido difícil colocar una etiqueta a la naturaleza jurídica de la Unión, más complicado aún ha resultado calificar la relación entre su ordenamiento jurídico y el Derecho internacional, como bien apunta Korenica: ‘The European Union is often considered and portrayed as a complex institutional structure, on which it is difficult to put a label.’ The EU’s relationship with international law is even more problematic—probably something for which there does not exist any label at all”, KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.*, Preface, v.

<sup>874</sup> Como señala acertadamente Christina Eckes: “The Court’s concern with its own autonomy vis-à-vis the judicial authority of other courts or tribunals has become particularly apparent in its external relations law”, ECKES C., ‘EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.258.

<sup>875</sup> Como apunta Halleskov, estas decisiones son cruciales no sólo para arrojar algo de luz sobre el Dictamen 2/13, sino en general, para comprender el marco de la adhesión: “A source of key relevance for shedding light on the understanding of the EU accession framework is the CJEU’s body of case law, issued on the basis of Article 218(11) of the TFEU, 27 on the Treaty compatibility of international agreements concluded by the Union”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.490.

<sup>876</sup> Dictamen 1/76 del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1977, ECLI:EU:C:1991:490.

<sup>877</sup> Véase sobre este Dictamen: CHRISTIAN, P. “A propos de l’avis 1/76 de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions concernant le champ de la compétence externe de la Communauté” *Revue du Marché Commun* 1978 p.55-62; HUBERT, W. “Le rapport entre l’accord relatif à l’institution d’un fonds européen d’immobilisation de la navigation intérieure et la Convention révisée pour la navigation

noventa, el Tribunal dictó otras dos decisiones fundamentales en cuanto a la delimitación de la autonomía de la Unión respecto al ordenamiento internacional: el Dictamen 1/91 y el Dictamen 1/92, ambos relativos al Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico Europeo<sup>878</sup>. En 2002, el Tribunal debía pronunciarse sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión del Proyecto de Acuerdo referente a la creación del Espacio Europeo Aéreo Común. El TJUE dio luz verde al acuerdo mediante el Dictamen 1/00, ya que consideró que no afectaba a la autonomía<sup>879</sup>. En el Dictamen 1/09, referente a la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes, la autonomía del Derecho de la Unión fue el argumento decisivo que llevó al Tribunal a declarar la incompatibilidad del proyecto de acuerdo<sup>880</sup>. Fuera del marco consultivo, el TJUE dictó en 2006 una sentencia importantísima para la dimensión externa de la autonomía de la Unión: *Mox Plant*<sup>881</sup>, que será analizada con detenimiento en el Capítulo IV.

Si hay un pronunciamiento emblemático referente a la defensa de la autonomía del Derecho de la Unión en relación con el orden jurídico internacional<sup>882</sup> ése es *Kadi y Al Barakaat*<sup>883</sup>. Según una expresión coloquial de Paul Gragl, Luxemburgo “mató dos

---

du Rhin du 17 octobre 1868” *German Yearbook of International Law* 1977 p.306-307 p.331-336; MICHAEL, H. “Opinion 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-making Powers of the Community” *Common Market Law Review* 1977 p.561-600.

<sup>878</sup> Dictamen 1/91 del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1991 ECLI:EU:C:1991:490 y Dictamen 1/92 del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1992 ECLI:EU:C:1992:189. Véase DEL VALLE GÁLVEZ, A. “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo” *Revista de Instituciones Europeas*, Vol 20, nº1, 1993, pp. 155-193.

<sup>879</sup> Dictamen 1/00 del Tribunal de Justicia de 18 de abril de 2002 ECLI:EU:C:2002:231. Véase sobre esta decisión LOCK, T.: “Walking on a tightrope: the Draft Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order” *op. cit.* p.1031 y ss.

<sup>880</sup> Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123. El contenido de este Dictamen será analizado en el Capítulo IV.

<sup>881</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, Comisión c. Irlanda (“Mox Plant”), C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345.

<sup>882</sup> Como afirma Paul Gragl: “The Kadi judgment of the CJUE is arguably the most important decision to date on the subject of the relationship between the European Union’s legal order and international law in general. Luxembourg’s judgment in Kadi conceptually marks a leap in the constitutionalism of the European Union’s legal order”, GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* *op. cit.* p.28; Sobre la influencia de las sentencias *Costa Enel* and *Internationale Handelsgesellschaft* sobre *Kadi*, Bruno De Witte sostiene: “The reference to the autonomy of the Community system in its relation to *international law* echoes much older references in the European Court’s case law to the autonomous nature of Community law in relation to the *law of its member states*” DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?...” *op. cit.* p.142. En esta línea, Van Rossem declara: “By firmly linking the concept of autonomy to the “municipal” nature of the EU legal order, the Court seems to have come full circle in Kadi as regards the claims it had made half a century before in Van Gend and Costa” VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p. 17.

<sup>883</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461. Entre la

pájaros de un tiro” en esta decisión: no solo reafirmó el concepto de autonomía del Derecho de la Unión respecto al sistema de Naciones Unidas y el Derecho internacional, sino que además evitó el resurgimiento de la doctrina *Solange* por parte del Tribunal Constitucional alemán o cualquier otra jurisdicción suprema nacional<sup>884</sup>. Así blindó la autonomía del Derecho de la Unión tanto externa como internamente<sup>885</sup>. Por tanto, las sentencias *Costa Enel* y *Kadi* serían las dos caras de una misma moneda, entendiendo por ésta la facultad de definir el alcance de las normas de un sistema emancipándolas de toda limitación ya sea impuesta por una autoridad interna (*Costa Enel*) o externa (*Kadi*)<sup>886</sup>.

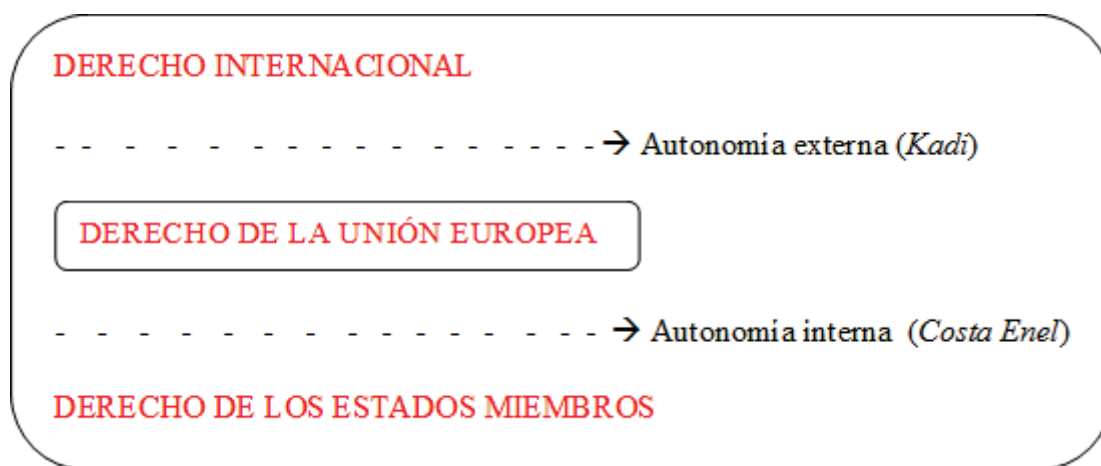


Tabla nº 3: La autonomía externa e interna del Derecho de la Unión. Elaboración propia.

interesante literatura que ha propiciado este importantísimo asunto, véanse, entre otros: DE BURCA, G. “The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, number 1, Winter 2010; DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 65-2010, pp. 141 y ss.; GRILLER, S. “International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order”, *European Constitutional Law*, 2008; KOKOTT, J. and SOBOTTA, C. “The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?” *European Journal of International Law* Vol. 23 nº 4, 2012; LAVRANOS, N. “The Impact of the Kadi Judgment on the International Obligations of the EC Member States and the EC” *Yearbook of European Law* nº 28 (1), 2009, pp. 616-625; POSCH, A. “The Kadi case: Rethinking the Relationship between EU law and International law” *The Columbia Journal of European law Online*, nº 15, 2009; SANTOS VARA, J. The Consequences of Kadi: Where the Divergence of Opinion between EU and International Lawyers Lies? *European Law Journal*, 2011; SCHEININ, M “Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law? *Yearbook of European Law*, 28 (1), 2009, pp. 637-653; TOMUSCHAT, C. “The Kadi Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?” *Yearbook of European Law*, 28 (1), 2009, pp. 654-663; TÜRKÜLER N. “Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Barakaat”, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 5, September 2010, pp. 551–577.

<sup>884</sup> Esta afirmación es acertada respecto de la sentencia *Kadi*, pero no en relación con el Dictamen 2/13. Puede que con *Kadi*, el TJUE consiguiera apaciguar los ánimos de los tribunales nacionales, pero tras el Dictamen 2/13 es previsible que emerja una nueva tendencia de contestación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales, como se estudiará en el Capítulo V.

<sup>885</sup> GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* p.29.

<sup>886</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.75.

### 3.1.3. La autonomía en su faceta externa

A efectos del presente trabajo, nos interesa fundamentalmente la autonomía en su dimensión externa, ya que el CEDH es un tratado internacional de derechos humanos que se inserta plenamente en el ordenamiento jurídico internacional<sup>887</sup>. La autonomía es la sempiterna preocupación por parte de la doctrina cada vez que se ha escrito sobre la adhesión<sup>888</sup> y ha sido concebida desde antaño como uno de los posibles escollos a la misma<sup>889</sup>. Nos preguntamos, por tanto, ¿qué supone exactamente la “autonomía” para el ordenamiento jurídico de la Unión Europea respecto al Derecho internacional?<sup>890</sup>

Según el profesor Bruno De Witte, la afirmación de que el ordenamiento jurídico de la Unión es “autónomo” respecto al Derecho internacional puede tener dos significados: o bien que el Derecho de la Unión, como ordenamiento jurídico internacional especializado, se desvía de las normas generales de Derecho internacional o bien que aquél no cumple con las obligaciones internacionales y da prioridad a sus propias reglas<sup>891</sup>. Lavranos considera que la autonomía es uno de los elementos que conforman “las bases del ordenamiento jurídico comunitario”<sup>892</sup>. Con esta expresión desarrollada en

---

<sup>887</sup> Conviene apuntar que la autonomía en el debate sobre la adhesión es un problema principalmente de la UE, no del CEDH, como señala KORENICA, F. “The Accession to the ECHR...” *op. cit.* p. 73.

<sup>888</sup> Véanse como ejemplos LOCK, T.: “Walking on a tightrope...” *op. cit.* p.1025: “From the point of view of European Union law, the most prominent obstacle to an integration of the EU into the external supervision mechanism of the Convention is the autonomy of the EU legal order. From the very start of the negotiations it has been clear that that autonomy, which is jealously policed by the Court of Justice of the European Union, would be a major issue for the negotiators”; DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme : feuille de route...” *op. cit.* p.8: “Sans doute la principale question qui se pose aux négociateurs de l’acte d’adhésion concerne-t-elle le respect du principe d’autonomie du droit de l’Union européenne”

<sup>889</sup> Las instituciones europeas se han hecho eco de esta preocupación sobre la tensión entre adhesión y autonomía, como puede verse en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión, punto 1: “la adhesión no cuestionará en modo alguno el principio de autonomía del Derecho de la Unión”.

<sup>890</sup> Como veíamos anteriormente, la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional no es una cuestión pacífica. De igual forma que los Tratados guardan silencio sobre el concepto de “autonomía”, tampoco encontramos en aquellos una manifestación de carácter general sobre la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional. La única referencia a la interacción entre ambos ordenamientos jurídicos podemos leerla en el artículo 351 TFUE – que hace referencia a un caso concreto: proporciona una regla para solventar posibles conflictos entre acuerdos internacionales ratificados por los Estados miembros con anterioridad a su pertenencia a las Comunidades Europeas y los Tratados. Para un análisis de esta disposición (en la anterior redacción del Tratado, artículo 307 TCE) y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, véase LAVRANOS, N. “Protecting European law from international law”. *European Foreign Affairs Review* nº 15, pp. 265–282, 2010.

<sup>891</sup> DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?...” *op. cit.* p.151.

<sup>892</sup> Lavranos intenta indagar, a la luz de la sentencia *Kadi y Al Barakaat*, qué elementos considera el Tribunal de Justicia que conforman “las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario” (expresión utilizada en el párrafo 307 de la sentencia, en la redacción en inglés se emplea la expresión “the very

*Kadi y Al Barakaat*, el Tribunal habría desarrollado una herramienta que le permitiría proteger la autonomía del ordenamiento jurídico frente a interferencias del Derecho internacional<sup>893</sup>. En contraposición a ese autor, Van Rossem afirma que la autonomía no es un elemento cuantitativo más, sino la premisa sobre la que se construyen el resto de principios. Por tanto no se encontraría al mismo nivel que la primacía, la protección de derechos fundamentales o el control judicial<sup>894</sup>. Además, según Van Rossem, el concepto de autonomía del Derecho de la UE realmente es un disfraz que esconde una demanda de soberanía<sup>895</sup>. El propio TJUE indicaba en el mencionado Dictamen 1/00 lo que supone proteger el ordenamiento jurídico comunitario frente a acuerdos internacionales: “por una parte, que las competencias de la Comunidad y de sus instituciones, tal como las concibe el Tratado, no queden desvirtuadas”<sup>896</sup> y “por otra parte, implica que los mecanismos relativos a la unidad en la interpretación de las normas del Acuerdo (...) y a la resolución de controversias no tengan por efecto imponer a la Comunidad y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas de Derecho comunitario recogidas en dicho Acuerdo”<sup>897</sup>. Todas estas consideraciones tienen un elemento común y es que, según el TJUE, la Unión Europea forma un ordenamiento jurídico unificado, autorreferencial, con su propia reivindicación interna de validez<sup>898</sup>.

---

foundations of the Community legal order”). Lavranos, tras el análisis de los párrafos 281 a 285 de la sentencia, llega a la conclusión de que formarían parte de ese núcleo esencial: el reparto de competencias fijado por los Tratados, la autonomía del Derecho de la Unión, la jurisdicción exclusiva del TJUE, el control judicial de los actos de la UE a la luz de las libertades fundamentales y la protección de los derechos fundamentales. LAVRANOS, N. “Protecting European law...” *op. cit.* p.271.

<sup>893</sup> LAVRANOS, N. “Protecting European law...” *op. cit.* p.274.

<sup>894</sup> VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.18: “the bottom line of this argument is that autonomy is not exactly in the same league as, say, primacy, fundamental rights protection or judicial review, but forms the premise upon which such fundamental principles of EU law are built”

<sup>895</sup> VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p. 41. En esta línea, Komarek afirma que en el Dictamen 2/13, el Tribunal parece entender la autonomía en un sentido similar al que los tribunales constitucionales nacionales conciben la soberanía. La diferencia entre la autonomía de la Unión y la soberanía de un Estado, según este autor, estribaría en que en la segunda estaría arraigada en un sistema político que tiene una legitimidad política, que es lo que le faltaría a la Unión. Por ello, el TJUE protegería la autonomía/soberanía de un sistema de normas, cuya legitimidad resulta más cuestionada. La legitimidad del Derecho de la Unión dependería de la legitimidad de sus Estados, no de la de los ciudadanos, según Komarek. KOMAREK, J. “It’s a stupid autonomy...” *Verfassungsblog*, 14 de marzo de 2015 <http://verfassungsblog.de/its-a-stupid-autonomy-2/>. (último acceso: 7 de enero de 2017)

<sup>896</sup> Dictamen 1/00, apartado 12.

<sup>897</sup> Dictamen 1/00, apartado 13.

<sup>898</sup> VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p. 19. En este sentido, Gragl afirma: “with respect to the autonomy of European Union law, the CJEU has emphasised in its respective decisions and opinions that the EU’s legal order is a self-referential system which means that the interpretation and application of its legal rules exclusively depend on the system of which these rules constitute an indispensable part”, GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* *op. cit.* p.9.



## 3.2. La falta de coordinación entre el artículo 53 de la Carta y el artículo 53 del Convenio

### 3.2.1. El artículo 53 de la Carta y del artículo 53 del Convenio

Una vez asentado el marco conceptual de la autonomía y la especificidad del Derecho de la Unión, vamos a adentrarnos en el estudio de las objeciones expresadas por el TJUE en el Dictamen 2/13. El primer problema que identifica el Tribunal en relación con la autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión es la falta de inclusión de una disposición que garantice la coordinación entre el artículo 53 de la Carta<sup>899</sup> y el artículo 53 del Convenio<sup>900</sup>. Ambas normas son cláusulas de no afectación, muy comunes en Derecho Internacional Público, cuyo objetivo es asegurar que los derechos protegidos en el instrumento normativo sean estándares mínimos y no sean considerados techos de protección<sup>901</sup>. Plasman, por tanto, el clásico principio de *non regression*<sup>902</sup>. Sin embargo, el hecho de que se trate de normas muy usuales no quiere decir que estén exentas de polémica. En efecto, la introducción del artículo 53 en la Carta – claramente inspirado en el artículo 53 del Convenio - fue una de las disposiciones que mayor controversia creó tanto en los debates de la Convención como entre la doctrina<sup>903</sup>. Es comprensible debido a las importantes implicaciones que se derivan de este precepto en cuanto a las relaciones interordinamentales entre el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>904</sup>. Se temía que el artículo 53 pudiera amenazar la

---

<sup>899</sup> Artículo 53. Nivel de protección

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.”

<sup>900</sup> Artículo 53. Protección de los derechos humanos reconocidos

“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.”

<sup>901</sup> LIISBERG, J. “Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?” *Common Market Law Review* 38, 2001, pp. 1171–1199, p. 1171.

<sup>902</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Comentario al artículo 53” en MANGAS MARTÍN, A. (Ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, p.856.

<sup>903</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Comentario al artículo 53...” *op. cit.* p.854.

<sup>904</sup> En las Explicaciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales (DOUE C 303/02, de 14 de diciembre de 2007) se dice lo siguiente respecto al artículo 53: “El objeto de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el Derecho de la Unión, el

supremacía del Derecho de la Unión sobre las Constituciones nacionales y que pudiera reforzar las tendencias de los tribunales de ciertos Estados miembros a revisar actos normativos de la Unión en base a sus estándares nacionales de protección de los derechos humanos<sup>905</sup>.

### 3.2.2. La interpretación del artículo 53 de la Carta: el asunto *Melloni*

Por la parte del Convenio, la litigiosidad del artículo 53 ha sido escasa<sup>906</sup>. Respecto al artículo 53 de la Carta, el Tribunal se vio enfrentado a la interpretación de esta disposición por primera vez en la emblemática sentencia *Melloni*<sup>907</sup>, que cobra un papel protagonista en la objeción identificada por el Tribunal en el Dictamen 2/13<sup>908</sup>. Este importantísimo caso<sup>909</sup> - la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional

---

Derecho de los Estados miembros y el Derecho Internacional. Se menciona, debido a su importancia, el CEDH.”

<sup>905</sup> LIISBERG, J. “Does the EU Charter of Fundamental Rights...?” *op. cit.* p. 1171.

<sup>906</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Comentario al artículo 53...” *op. cit.* p.856. Véanse las sentencias del TEDH de 7 de diciembre de 1976 *Handyside c. Reino Unido*, nº de solicitud 5493/72, apartado 54 y de 26 de mayo 1988 *Ekbatani c. Suecia*, nº de solicitud 10563/83, apartado 26 o de 22 de febrero de 1994 *Burghartz c. Suiza*, nº de solicitud 16213/90 apartados 22 y 23. Véase también VAN DE HEYNING, C. “No Place Like Home: Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights” in POPELIER, P. (ed.), *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction Between the European and the National Courts* (Cambridge: Intersentia, 2011), p.73.

<sup>907</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107. Sobre este significativo caso véase ARROYO JIMÉNEZ, L. “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”, *Working Paper on European Law and Regional Integration*, WP IDEIR nº 8 (2011); BACHMAIER WINTER, L. “Más reflexiones sobre la sentencia *Melloni*: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo” *Revista Española de Derecho Europeo* 56 Octubre - Diciembre 2015; BRKAN, M. “L’arrêt *Melloni*: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne” *1 Revue Affaires Européennes* (2013) p. 139; DE BOER, N. “Addressing Rights Divergences under the Charter: *Melloni*”, 50 *Common Market Law Review* (2013); GONZÁLEZ PASCUAL, M. “Mutual Recognition and Fundamental Constitutional Rights: The First Preliminary Reference of the Spanish Constitutional Court”, in CLAES, M. et al. (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, 2012, p. 161; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. “Crónica de una muerte anunciada: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 30, 2013; PÉREZ MANZANO, M. “El Tribunal Constitucional español ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 96/2011, de 9 de junio”, 95 *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, p. 311; TORRES PÉREZ, A. “*Melloni* in three acts”, *European Constitutional Review*, 10, pp 308-331, 2014; TORRES PÉREZ, A. “Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg’s Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011” *European Constitutional Law Review*, 8: 105–127, 2012.

<sup>908</sup> Como indican Groussot, Hettne y Petursson: “The *Melloni* case is at the heart of the reasoning of the Court, which also goes very deep into the specific nature of EU law”, GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence...” *op. cit.* p.18.

<sup>909</sup> El caso *Melloni* está estrechamente vinculado a otro asunto crucial: la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105. No por casualidad, sendas decisiones fueron dictadas el mismo día, el 26 de febrero de 2013. En el caso del Sr. Fransson, éste fue castigado dos veces por los mismos hechos (no cumplir con sus obligaciones de aportar información fiscal) por las autoridades

español<sup>910</sup> -, trata de la compatibilidad de la controvertida orden de detención europea<sup>911</sup> con los derechos fundamentales. Concretamente, se trata de un ciudadano italiano, Stefano Melloni, que había sido condenado en rebeldía en Italia a diez años de prisión por quiebra fraudulenta. El Tribunal de Bolonia había emitido una orden de detención europea contra él en 2004. Cuatro años más tarde, fue detenido en España. La Audiencia Nacional decidió ejecutar la orden europea y extraditar al Sr. Melloni a las autoridades italianas. No obstante, el ciudadano italiano decidió iniciar un procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando que se había violado su derecho a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución española<sup>912</sup> al

---

suecas, por la vía administrativa y por la vía penal. Así, el tribunal nacional elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo sobre si el principio *ne bis in idem* consagrado en el artículo 50 de la Carta impedía a las autoridades suecas iniciar un procedimiento penal por unos hechos que ya habían sido penalizados por la vía administrativa. Aunque tanto los hechos como los ámbitos de aplicación son diferentes – *Melloni* referente a la orden de detención europea y *Akerberg Fransson* relativo al impuesto sobre el valor añadido (“IVA”) – ambos representan el primer análisis auténtico sobre la aplicación de la Carta por parte del Tribunal de Justicia. Según Daniel Sarmiento, estas sentencias han establecido las reglas básicas para un nuevo marco de protección de los derechos fundamentales en Europa, SARMIENTO, D. “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe” 50 *Common Market Law Review*, 2013, p.1269. En *Melloni*, el TJUE se confrontó a la interpretación del artículo 53, mientras que en *Akerberg Fransson* la clave residía en el ámbito de aplicación de la Carta, el artículo 51. Según Aida Torres, la gran diferencia entre el asunto español y el sueco es que *Melloni* está completamente determinado por el Derecho de la UE, ya que los motivos para rechazar la ejecución de una orden de detención europea están armonizados y los Estados miembros no cuentan con margen de maniobra, TORRES PÉREZ, A. “Melloni in three acts...” *op. cit.* p.326. La conclusión que podemos extraer de la lectura de ambas sentencias es que, en las situaciones completamente determinadas por el Derecho de la UE (como *Melloni*) la Carta desplaza a los estándares nacionales de protección, mientras que en casos parcialmente afectados por el Derecho de la UE (como *Akerberg Fransson*) se podrá otorgar un mayor nivel de protección siempre que no se vean afectados la primacía, la unidad y la efectividad de la Carta. En este sentido, véase AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.248 y ss. Para un análisis conjunto de ambos asuntos, véanse LAVRANOS, N. “The ECJ’s Judgments in Melloni and Akerberg Fransson: une ménage à trois difficile” 4 *European Law Reporter* 133, 2013; SKOURIS, V. “Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: les arrêts *Melloni* et *Akerberg Fransson*” 2 *Il diritto dell’Unione Europea*, 2013; GROUSSOT, X. y OLSON, I. “Clarifying or Diluting the Application of the EU Charter of Fundamental Rights? – The Judgments in *Akerberg* and *Melloni*”, II *LSEU*, 2013.

<sup>910</sup> Auto 86/2011 del Tribunal Constitucional español de 9 de junio de 2011 disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22561> (último acceso: 1 de febrero de 2017)

<sup>911</sup> Establecida por la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1), posteriormente modificada por Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 p.24).

<sup>912</sup> Artículo 24.2 de la Constitución española: “Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

haber sido condenado en su ausencia. El Tribunal Constitucional español decidió suspender el procedimiento y plantear varias cuestiones prejudiciales.

Básicamente, el Tribunal español preguntaba a Luxemburgo<sup>913</sup> sobre la compatibilidad de la orden de detención europea con la Carta de Derechos Fundamentales<sup>914</sup> y si, en virtud del artículo 53 de la Carta, podía condicionar la ejecución de esta orden a la revisión por parte del Estado español de que cumple con los derechos fundamentales (según los estándares españoles que, en este caso, son mayores que los derivados del Derecho de la Unión)<sup>915</sup>. En lo referente a esta última parte que es, en esencia, si el artículo 53 de la Carta permite que un Estado miembro pueda otorgar un mayor nivel de protección de los derechos fundamentales en un caso como éste<sup>916</sup>, Luxemburgo respondió: “tal

---

<sup>913</sup> Concretamente, las preguntas planteadas por el Tribunal Constitucional español al Tribunal de la Unión fueron:

“1) El Art. 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?

2) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el artículo 4 *bis*, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el artículo 48, apartado 2 de la Carta [...]?

3) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el artículo 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los artículos 47 y 48 de la Carta [...], a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”

<sup>914</sup> Interesa señalar que ésta no es una cuestión aislada del Tribunal Constitucional español, sino que la aplicación de la orden de detención europea es un tema muy controvertido que ha dado lugar a litigios en las numerosas jurisdicciones nacionales. Véase, para un análisis comparado de estos casos: MITSILEGAS, V. “The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal matters in the EU” 43 *Common Market Law Review* 2006, 1277, p.1294-99; KOMÁREK, J. “European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of Contrapunctual Principles” *Common Market Law Review* n° 44 2007 9; POLLICINO, O. “European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: A Case Law-Based Outline in an Attempt to Strike the Right Balance between Legal Systems” *German Law Journal* 2009, 1313; TORRES PÉREZ, A. “A predicament for domestic courts: caught between the European arrest warrant and fundamental rights” en DE WITTE, B., MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J.A., JAREMBA, U., WIND, M., PODSTAWA, K. *National courts and EU law : new issues, theories and methods*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2016. Véase, en general, para un recorrido por la jurisprudencia reciente del TJUE sobre la protección de derechos humanos como límite a la orden de detención europea: PEERS, S. Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper? *EU Law Analysis Blog* [http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+\(EU+Law+Analysis\)](http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+(EU+Law+Analysis)) (último acceso: 14 noviembre 2016)

<sup>915</sup> La legislación española requiere que la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en rebeldía debe estar sujeta a la condición de que la persona condenada tenga derecho a un nuevo juicio.

<sup>916</sup> Aída Torres proporciona la cuestión clave en este asunto: “This case reflects one of the most challenging questions for the multilevel system of rights protection in Europe: to what extent does European integration

interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado”<sup>917</sup>. El Tribunal reitera su jurisprudencia asentada sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión, según la cual un Estado miembro no puede invocar sus disposiciones de Derecho nacional, incluso si son de rango constitucional, para no cumplir con el ordenamiento jurídico de la Unión<sup>918</sup>. Por eso, Luxemburgo concluye que “el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”<sup>919</sup>. En definitiva, un Estado miembro no puede condicionar la entrega de una persona objeto de una orden de detención europea a la aplicación de unos estándares mayores de protección de derechos fundamentales<sup>920</sup>.

En el Dictamen 2/13, el Tribunal afirma que es preciso garantizar la coordinación entre el artículo 53 del Convenio y el artículo 53 de la Carta, “tal como ha sido interpretado

---

require the lowering of the level of constitutional rights’ protection?, TORRES PÉREZ, A. “Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant...” *op. cit.* p.127.

<sup>917</sup> Apartado 58 de la sentencia *Melloni*.

<sup>918</sup> Véase el apartado 59 de la sentencia *Melloni*. Como señala Bruno de Witte, este asunto está relacionado con la antigua controversia doctrinal y jurisprudencial sobre la existencia de límites constitucionales nacionales a la primacía del Derecho de la UE. Aquí habría dos perspectivas. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión ha sostenido reiteradamente que el ordenamiento jurídico comunitario prevalece sobre cualquier disposición nacional, incluidas las Constituciones (véanse, en especial, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114 apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, ECLI:EU:C:2010:503, apartado 61). Por otro lado, la mayor parte de jurisdicciones supremas y constitucionales de los Estados miembros no han aceptado plenamente esta tesis del Tribunal de Justicia de la Unión. Y al final la aplicación efectiva del principio de primacía depende de la actitud de las autoridades y tribunales nacionales. Según este autor, actualmente existe una convergencia general sobre que el Derecho de la Unión prevalece sobre las disposiciones nacionales que entren en conflicto con aquél, pero no sobre las normas fundamentales de la Constitución. Ésta seguiría estando en el vértice de la jerarquía jurídica según las jurisdicciones nacionales, DE WITTE, B. “Article 53”, in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 1523-1537, p.1527-1530.

<sup>919</sup> Apartado 64 de la sentencia *Melloni*.

<sup>920</sup> Como señala Miguel Azpitarte: “A la luz de la doctrina *Melloni* se ha de concluir que el Tribunal de Justicia deja un estrecho paso a la mayor protección habilitada por el artículo 53 de la Carta. Interpretación estricta que altera el equilibrio clásico entre el control estatal y el de la Unión, reforzando la autonomía de la Unión en la tutela de los derechos fundamentales dentro del espacio que le es propio, tal y como quedó definido en *Åkerberg Fransson*.” AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.251.

por el Tribunal de Justicia”, refiriéndose expresamente a la sentencia *Melloni*<sup>921</sup>. El TJUE muestra su preocupación ya que considera que, si el artículo 53 del CEDH reserva a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por el CEDH, se puede poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta y la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión<sup>922</sup>.

### 3.2.3. Una objeción inesperada

Si gran parte de la doctrina ha manifestado una dura crítica hacia el Dictamen en su conjunto, esta objeción en particular ha sido probablemente una de las que mayor extrañeza haya provocado<sup>923</sup>. De hecho, la Abogada General Kokott ni siquiera aborda este asunto en sus minuciosas conclusiones<sup>924</sup>. No se comprende – y nos sumamos a esta falta de entendimiento – dónde está el problema señalado por el Tribunal. El artículo 53 del Convenio tan sólo permite a las Partes que otorguen una protección mayor que la establecida en el Convenio, pero no les obliga a hacerlo. ¿Dónde está, por tanto, la colisión entre ambas disposiciones? Es llamativo que, incluso Halberstam, uno de los pocos juristas que ha realizado una defensa abierta del Dictamen considere que esta

---

<sup>921</sup> Apartado 189 del Dictamen 2/13. En el apartado inmediatamente anterior hace referencia expresa a *Melloni*: “Pues bien, el Tribunal de Justicia ha interpretado esta disposición en el sentido de que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (sentencia *Melloni*, EU:C:2013:107, apartado 60).”

<sup>922</sup> Sobre el mismo enfoque utilizado en *Melloni* y en el Dictamen, María José Cervell señala: “El Tribunal de Justicia europeo empleó en ella (en la sentencia *Melloni*) muchos de los argumentos que después reproduciría en el Dictamen: la UE es diferente, su ordenamiento jurídico también y la primacía no debe retroceder en ningún caso, ni siquiera cuando se trate de cuestiones consagradas en las Constituciones nacionales, *incluso* si se trata de derechos fundamentales.” CERVELL HORTAL, M.J. “El rechazo del TJUE al acuerdo de adhesión al CEDH: amarás a la unión sobre todas las cosas y a su Tribunal de Justicia como a ti mismo”, comunicación Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2015, p.9.

<sup>923</sup> Véase, por ejemplo, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.9: “Salta a la vista, creo, la suma endebles de la argumentación del TJUE”; DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.696: “Like some other commentators, we are very puzzled by the development of the Court’s argument concerning the relations between art.53 of the Convention and art.53 of the EU Charter of Rights”; EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.12: “Not all commentators may agree with *Melloni*, yet it is hard to see in what way the ECtHR could threaten this ruling”. GRAGL, P. The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.9: “To begin with, the argument that the lack of coordination between Article 53 ECHR and Article 53 of the Charter would adversely affect the EU’s legal autonomy is far-fetched and unconvincing (...) The CJEU’s concerns in this respect were therefore entirely unfounded and should be rejected as the expression of a petty turf war between Luxembourg and Strasbourg.”

<sup>924</sup> Conviene señalar que en los párrafos 197 a 207 de las conclusiones de la Abogada General, donde analiza si el acuerdo de adhesión podría menoscabar la eficacia directa y la primacía del Derecho de la Unión, ni siquiera menciona el artículo 53 ni mucho menos la sentencia *Melloni*.

demanda del Tribunal está legalmente infundada<sup>925</sup>. En efecto, el artículo 53 del Convenio no crea un poder que no existiera previamente, es decir, no otorga a las Partes Contratantes un derecho que no tuvieran antes de ratificar el CEDH. Si el Derecho de la Unión no permite a los Estados miembros que ofrezcan una mayor protección cuando ésta pone en peligro la primacía, la unidad y la efectividad de aquél, el artículo 53 del Convenio no les da ese poder ni con la adhesión ni sin ella<sup>926</sup>. Se trata, por tanto, de una cuestión de Derecho de la Unión, ajena al sistema del Convenio. Por consiguiente, el lamento del Tribunal “no se ha establecido ninguna disposición en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación” carece de sentido.

El Tribunal de Luxemburgo pretende trasladar un problema que es exclusivamente interno de los Estados miembros de la Unión a los órganos del Consejo de Europa<sup>927</sup>. Es más, requerir que el acuerdo de adhesión recoja una (supuestamente necesaria) coordinación entre el artículo 53 de la Carta y el artículo 53 del Convenio supondría, precisamente, una interferencia en la autonomía del Derecho de la Unión<sup>928</sup>. Según esa propuesta, los Estados miembros se encontrarían vinculados a través del acuerdo de adhesión a una cuestión que deberían resolver exclusivamente a través del ordenamiento jurídico de la Unión<sup>929</sup>. Además, esa proposición es problemática, como señala el profesor Azpitarte: “A nadie se le escapa, sin embargo, que el argumento conduce *de facto* a una preferencia de la norma de la Unión, en tanto que no es posible dibujar una frontera como la que postula el Tribunal de Justicia sin dirimir antes si ha de aplicarse el CEDH o la

---

<sup>925</sup> HALBERSTAM, D. “It's the Autonomy, Stupid!...” *op. cit.* p.125.

<sup>926</sup> Pirkker y Reteinmeyer ponen de relieve que estos problemas existen en la situación actual pre-adhesión, no son, por tanto, una consecuencia de ésta: “a closer look reveals not only that this request will be hard to implement, but also that it appears to go beyond what is justified for two reasons; this even apart from the fact that the Court does not address to what extent the mentioned problems already exist in the current state of the law before an accession”, PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015, p.7.

<sup>927</sup> Interesa destacar la crítica de John Morijn: “The Opinion 2/13 application of the *Melloni*-reasoning to the (international law of the) ECHR is a sweeping extension of this logic, effectively *making the complete field of application of ECHR norms prisoner to* some prior check of whether primacy, unity and effectiveness of EU law could be encroached” (énfasis añadido), MORIJN, J. “After Opinion 2/13: how to move on in Strasbourg and Brussels?” *Eutopia Law Blog*, 5 de enero de 2015, disponible en: <http://eutopialaw.com/2015/01/05/after-opinion-213-how-to-move-on-in-strasbourg-and-brussels/> (último acceso: 7 de enero de 2017).

<sup>928</sup> KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p. 413.

<sup>929</sup> En este sentido se pronuncia Ricardo Alonso: “Si acaso y como mucho, correspondería unilateralmente a la Unión, al margen de cualquier Acuerdo de Adhesión al CEDH, aclarar aún más el alcance del artículo 53 CDFUE, e incluso reforzar, mediante la correspondiente reforma de dicho precepto, la interpretación del mismo hasta el momento impuesta por el TJUE”, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.9.

Carta”<sup>930</sup>. Por último, es también sorprendente que, si el artículo 53 del Convenio supone una preocupación para el Tribunal, éste no planteara ninguna oposición a este respecto al desarrollar su argumentación en *Melloni*, dado que aquella disposición ya vinculaba sin ningún género de duda a los Estados miembros al ser todos Parte del Convenio<sup>931</sup>.

Según la profesora Spaventa, esta objeción del Dictamen refleja la ansiedad del Tribunal en cuanto a que los tribunales nacionales acepten finalmente la doctrina *Melloni*<sup>932</sup>. Korenica considera que, en este punto, el Tribunal ha ido más allá de la cuestión planteada por la Comisión y ha realizado, por tanto, una mala utilización del procedimiento de solicitud de dictamen<sup>933</sup>. De hecho, este obstáculo será una de los más difíciles de sortear cuando las negociaciones para un nuevo acuerdo de adhesión comiencen<sup>934</sup>.

---

<sup>930</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.259.

<sup>931</sup> DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.696.

<sup>932</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p. 47. A este respecto, Krenn apunta: “in *Opinion 2/13*, the Court wants to avoid the fact that ECHR accession tenders argumentative ammunition for the Member States to challenge *Melloni*. Such ammunition could be provided through the sister provision of Article 53 of the Charter: Article 53 ECHR”, KRENN, C. "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13" 16 *German Law Journal* 147, 2015, p.158.

<sup>933</sup> KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p. 413.

<sup>934</sup> LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.191.



### 3.3. El peligro de vulneración del principio de confianza mutua

#### 3.3.1. La preocupación del Tribunal de Justicia en relación al principio de confianza mutua

A diferencia de la anterior objeción, que supuso una gran sorpresa para la mayor parte de la doctrina, los problemas que la adhesión podría provocar sobre el principio de confianza mutua - piedra angular del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (“ELSJ”) <sup>935</sup> - ya habían sido objeto de (limitada) discusión <sup>936</sup>. Como es sabido, el ELSJ comprende tres ámbitos legislativos <sup>937</sup>: cooperación judicial en materia penal <sup>938</sup>, cooperación en materia civil <sup>939</sup> y asilo e inmigración <sup>940</sup>. La colaboración entre los Estados Miembros en este campo se basa tanto en el principio de reconocimiento mutuo <sup>941</sup> como en el de confianza

---

<sup>935</sup> En palabras del propio Tribunal de Justicia en la sentencia *N.S.*, anteriormente citada, apartado 83: “se trata de la razón de ser de la Unión y de la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia y, más concretamente, del sistema europeo común de asilo, basado en la confianza mutua y en una presunción del respeto, por parte de los demás Estados miembros, del Derecho de la Unión, en particular de los derechos fundamentales” (Énfasis añadido)

<sup>936</sup> Aunque no haya sido el problema más discutido por la doctrina en la literatura antes del dictamen, sí que ha habido autores que han mostrado su preocupación por este aspecto. Véase, por ejemplo, CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede...” *op. cit.*; KORNEZOV, “The forthcoming EU accession to the ECHR: a Myriad of Problems, few Solutions” *CELS lunchtime seminar series*, 7 November 2012, disponible en: [http://www.cels.law.cam.ac.uk/Kornezov\\_WorkingPaper.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/Kornezov_WorkingPaper.pdf). Conviene indicar que esta preocupación no aparece en las conclusiones de la Abogada General Kokott ni en las observaciones de la Comisión o los Estados miembros, quizás porque no hay ningún punto del acuerdo de adhesión que se encargue de esta cuestión.

<sup>937</sup> Cabe señalar que en el ELSJ se ha avanzado mucho en la cooperación entre Estados, pero la mayor parte de la legislación sigue siendo nacional. Hasta ahora, los Estados miembros han sido muy reticentes a unificar la legislación en el ámbito del ELSJ, con la excepción del control de las fronteras (véase el Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras “Código de fronteras Schengen”). No existe un Código Civil ni un Código Penal europeo. Véase para un análisis del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y de sus límites: MITSILEGAS, V. “The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual” *Yearbook of European Law*, Vol. 31, No. 1 (2012), pp. 319–372.

<sup>938</sup> Véase una relación de la legislación adoptada en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal en: [http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/justice\\_freedom\\_security/2303.html?root=2303](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/justice_freedom_security/2303.html?root=2303) (último acceso: 26 de abril de 2017).

<sup>939</sup> Véase una relación de la legislación adoptada en el ámbito de la cooperación civil en el siguiente enlace: [http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/justice\\_freedom\\_security/2302.html?root=2302&locale=es](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/justice_freedom_security/2302.html?root=2302&locale=es) (último acceso: 26 de abril de 2017).

<sup>940</sup> Véase una relación de la legislación adoptada en el ámbito del asilo y la inmigración en: [http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/justice\\_freedom\\_security/2301.html?root=2301](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/justice_freedom_security/2301.html?root=2301) (último acceso: 26 de abril de 2017).

<sup>941</sup> El principio de reconocimiento mutuo emergió inicialmente en el contexto del mercado interior y fue transpuesto posteriormente al ELSJ. Sobre la orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo, véase ALEGRE, S., y LEAF, M., “Mutual recognition in European Judicial Cooperation: a step too far too soon? Case Study- The European Arrest Warrant”, *European Law Journal*, vol. 10, n.º 2, marzo de 2004, pp. 200-217, p. 201; FICHERA, M., y JANSSENS, C., “Mutual recognition of judicial decisions in

mutua<sup>942</sup>. Así, el ELSJ se basa en la cooperación automática entre Estados miembros, de tal forma que las decisiones emitidas en un país de la Unión sean reconocidas directamente en otro sin que éste lleve a cabo un escrutinio del respeto de los derechos fundamentales de aquella decisión, salvo casos muy excepcionales, porque impera el principio de confianza mutua<sup>943</sup>. En efecto, la presunción que subyace es que todos los Estados miembros respetan los derechos humanos.

En el Dictamen 2/13, el Tribunal eleva esa presunción a un nuevo principio constitucional que iría más allá del ELSJ para extenderse a todo el ordenamiento jurídico de la Unión en su conjunto<sup>944</sup>. El TJUE subraya la prohibición de realizar escrutinio alguno sobre el cumplimiento de las obligaciones de derechos fundamentales por parte de otros Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión<sup>945</sup>. El Tribunal muestra su preocupación ya que el Convenio “exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la

---

criminal matters and the role of the national judge”, *ERA Forum*, 2007, pp. 177-202, pp. 186-190; MIRANDA RODRIGUES, A., “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo (II)” en MUÑOZ DE MORALES, M., ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A., (coord.) *La orden de detención y entrega europea*, por Ed. Universidad Castilla La Mancha, 2006, p.37; DEL POZO PÉREZ, M., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 6164, Sección Jóvenes Investigadores, 10 de enero de 2005.

<sup>942</sup> Kornezov aporta una buena definición de la importancia de estos dos principios en el ELSJ: “The ubiquitous rationale which reigns over the AFSJ and which underpins each and every EU measure taken within its scope is therefore, precisely, the principles of mutual recognition and mutual trust. They are its sacrosanct pillar which, by definition, should not be questioned, doubted, scrutinized” KORNEZOV, “The forthcoming EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.3.

<sup>943</sup> Dubout señala que, al concebir la Unión como un sistema de confianza entre Estados sobre la base de valores compartidos, la expresión de la especificidad europea se ha elevado un estadio superior que este autor define como “federalismo horizontal” DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.101.

<sup>944</sup> Dictamen 2/13, apartado 191: “procede recordar que el principio de confianza mutua entre Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores” (énfasis añadido). Este apartado debe leerse junto con el apartado 168 (dentro de las consideraciones preliminares del dictamen, donde recordemos que el Tribunal hace una exposición sobre los principios cardinales en los que se sustenta la Unión): “Tal construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica.” (énfasis añadido)

<sup>945</sup> Dictamen 2/13, apartado 192: “los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión” (énfasis añadido). Una vez más, apreciamos en la redacción de este párrafo que el Tribunal no se refiere de forma restringida al ELSJ, sino que habla constantemente de “Derecho de la Unión” en su conjunto.

Unión *impone* la confianza mutua entre esos Estados miembros”<sup>946</sup>. Asimismo, llama poderosamente la atención que el TJUE critique el enfoque adoptado por el acuerdo de adhesión, “consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante” y que “ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la Unión”<sup>947</sup>. Luxemburgo pone tanto énfasis en la protección del principio de confianza mutua que llega a afirmar que, en las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, aquellos deben regirse por “el Derecho de la Unión, *con exclusión*, si así lo exige éste, *de cualquier otro Derecho*”<sup>948</sup>. Por consiguiente, según el Tribunal, la adhesión pondría en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión<sup>949</sup>.

### 3.3.2. Las raíces jurisprudenciales de la objeción del Tribunal: los casos de asilo

El origen de este segundo obstáculo se encontraría en la tensión dialéctica entre el principio de confianza mutua y la protección de los derechos humanos que viene manifestándose desde hace tiempo<sup>950</sup> - y que habría encontrado un detonante en el Dictamen 2/13 -. Muy particularmente, dicha tensión se ha manifestado en las divergencias entre la jurisprudencia del TJUE y el TEDH<sup>951</sup> en materia de asilo - asuntos conocidos como la saga de “*Dublin cases*”, debido al conjunto normativo denominado

---

<sup>946</sup> Dictamen 2/13, apartado 194 (énfasis añadido).

<sup>947</sup> Dictamen 2/13, apartado 193. Interesa señalar aquí la crítica de Martín y Pérez de Nanclares a esta parte concreta del dictamen: “el TJUE abandera una posición que refleja una insostenible aspiración a aislar hasta el extremo las peculiaridades del Derecho de la Unión. En pocos pasajes del dictamen como en este se aprecia más claramente la sensación de cierta «prefabricación argumental» y, desde luego, la constatación de una absoluta desconfianza frente al TEDH, por no decir una aspiración «*egojurídica*» del Derecho de la Unión difícilmente aceptable desde otros ordenamientos”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.840.

<sup>948</sup> Dictamen 2/13, apartado 193. Énfasis añadido.

<sup>949</sup> Dictamen 2/13, apartado 194.

<sup>950</sup> Véase un análisis de esta tensión entre confianza mutua y protección de los derechos humanos tanto en la jurisprudencia del TJUE como del TEDH en BRIBOSIA, E. “Fundamental rights and mutual trust in the European Union – the story of a clash foretold?” en IMAMOVIC, Š., CLAES, M., and DE WITTE, B. (eds.) *The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2016/3 o en BROUWER, E. “Mutual Trust and Human Rights in the AFSJ: In Search of Guidelines for National Courts” *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 3, pp. 893-920.

<sup>951</sup> Como señala Cortés Martín: “Se trata, sin duda, de una de las cuestiones más delicadas de la adhesión de la Unión al CEDH porque no se basa en aspectos estructurales o institucionales, sino en una divergencia de jurisprudencias entre el TJUE y el TEDH, la cual tiene su origen probablemente en las diferentes funciones que ambas jurisdicciones tienen encomendadas” CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.849.

“sistema de Dublín”<sup>952</sup>-. En la sentencia *N.S.*<sup>953</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión estableció que la presunción de respeto de los derechos humanos por parte de los Estados miembros podía ser refutada en caso de que existieran “deficiencias sistemáticas” en cuyo caso se debería rechazar el traslado de un demandante de asilo a ese Estado miembro<sup>954</sup>. El propio Tribunal manifestaba expresamente en *N.S.* su inspiración en la sentencia de la Alta Jurisdicción de Estrasburgo *M.S.S.*<sup>955</sup>. A pesar de que el resultado al que llegaron ambos tribunales es el mismo, su aproximación es diferente<sup>956</sup>. Mientras que el TEDH examina cada caso por posible violación del Convenio, el TJUE sentenció que sólo las “deficiencias sistemáticas” en el respeto de los derechos por parte del Estado miembro sería justificación para rechazar el traslado de demandantes de asilo<sup>957</sup>. Así, las

---

<sup>952</sup> El “sistema de Dublín” fue concebido para determinar qué Estado miembro debe ser responsable de las demandas de asilo presentadas en el territorio de la Unión. Estas reglas fueron definidas inicialmente en el “Convenio de Dublín” de 1990 (DO C 254 de 19.8.1997, p. 1/12), que fue sustituido posteriormente por el “Reglamento Dublín II” (Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 50 de 25.2.2003) (Sobre este reglamento, véase GIL-BAZO, M.T. “The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law” *Cuadernos Europeos de Deusto* 2007, 36, 153-182, p.173 y ss). En 2013, ese Reglamento fue reemplazado por el “Reglamento Dublín III” (Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180 de 29.6.2013, p. 31/59). Véase una explicación de esta normativa - y en general del sistema europeo común de asilo - así como una relación de la jurisprudencia tanto del TJUE y el TEDH referente al Reglamento Dublín III en *International Association of Refugee Law Judges (An Introduction to the Common European Asylum System for Courts and Tribunals. A Judicial Analysis*. Malta: European Asylum Support Office (EASO), 2016, p.34 y ss. Conviene señalar también que el derecho al asilo está recogido en el artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Véase un análisis exhaustivo en: GIL-BAZO, M.T. “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the rights to be granted asylum in the Union’s Law”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, No. 3, 2008.

<sup>953</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 diciembre 2011, *N.S.* y *M.E.*, C-411/10 y 493/10, ECLI:EU:C:2011:865. Sobre esta sentencia, y en general, el concepto de “tercer país seguro” en el sistema de Dublín, véase GIL-BAZO, M.T. “The safe third country concept in international agreements on refugee protection: assessing state practice” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 33 (1), 2015, pp. 42-77.

<sup>954</sup> Véase el apartado 106 de la sentencia *N.S.*

<sup>955</sup> Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, solicitud n° 30696/09. Véanse los apartados 88, 89, 90 y 112 de la sentencia *N.S.* donde el Tribunal se refiere expresamente a la sentencia *M.S.S.*

<sup>956</sup> Para un análisis exhaustivo de las diferencias entre las sentencias *N.S.* y *M.S.S.*, véase MORGADES GIL, S. “El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia del TEDH de 4.11.2014 (Gran Sala), *Tarakhel c. Suiza*, 29217/12”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 51, mayo-agosto 2015, p.749-768, concretamente p. 760 y ss.

<sup>957</sup> Este enfoque fue confirmado y clarificado por el Tribunal de Justicia de la Unión en la sentencia de Gran Sala de 10 de diciembre de 2013, *Abdullahi*, asunto C-394/12 ECLI:EU:C:2013:813. Véase concretamente el apartado 62: “(el solicitante) únicamente puede cuestionar la elección de tal criterio si invoca deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo y de las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo en ese Estado miembro que constituyan motivos serios y acreditados para creer que dicho solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la Carta.” (énfasis añadido). Este test de las “deficiencias sistémicas” no fue sólo confirmado por vía jurisprudencial,

transferencias cuasiautomáticas de un Estado miembro a otro seguirían teniendo lugar en la Unión Europea, mientras no hubiera “deficiencias sistemáticas”. El TEDH fue un paso más allá en la importantísima sentencia *Tarakhel*<sup>958</sup>, en el que se examinaba el traslado a Italia de varios demandantes de asilo desde Suiza<sup>959</sup>. El Tribunal de Estrasburgo adoptó un enfoque consistente en evaluar el riesgo “individual” que afrontarían los demandantes frente a las posibles disfunciones del sistema italiano de asilo. Sobre la base de este análisis, consideró que la decisión de las autoridades suizas de transferir a los demandantes a Italia suponía un riesgo importante de violación del artículo 3 del Convenio. Consecuentemente, el Tribunal condenó a Suiza por no haberse asegurado suficientemente de los riesgos que corrían los demandantes en el país de destino.

Esta nueva aproximación del TEDH choca frontalmente con la del TJUE en *N.S.*, ya que en virtud de aquella, los Estados Parte en el Convenio tienen la obligación de verificar si “cada una” de las situaciones de traslados de demandantes de asilo entraña el riesgo de una violación de derechos fundamentales<sup>960</sup>. Por tanto, la sentencia *Tarakhel* confirma los problemas de compatibilidad del sistema de Dublín de la Unión, basado en el cardinal principio de confianza mutua, con las obligaciones del Convenio<sup>961</sup>. Tanto es así que hay

---

sino también por vía legislativa, cuando se aprobó el “Reglamento Dublín III” (Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180 de 29.6.2013, p. 31/59) y se introdujo el artículo 3.2: “Cuando sea imposible trasladar a un solicitante al Estado miembro que se haya designado en primer lugar como responsable, debido a que hay razones fundadas para temer que existen *deficiencias sistemáticas* en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Estado miembro encargado de la determinación seguirá examinando los criterios fijados en el capítulo III para decidir si otro Estado miembro puede ser designado como responsable” (Énfasis añadido).  
<sup>958</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), *Tarakhel / Suiza*, de 4 de noviembre de 2014, n.º solicitud 29217/12. Sobre este caso véase COSTELLO, C. *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, 2016; MORGADES GIL, S. “El sistema de Dublín...” *op.cit.*; PEERS, S. “Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?” 5 de noviembre de 2014, *EU law Analysis Law Blog* <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html> (último acceso: 7 de enero de 2017); VICINI, G. “The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg...” *op. cit.*

<sup>959</sup> Aunque Suiza no es Estado miembro de la Unión Europea, se aplica en su territorio el sistema del Reglamento de Dublín, en virtud de un acuerdo de asociación.

<sup>960</sup> Como señala la profesora Silvia Morgades: “La sentencia *Tarakhel* supone una confirmación de la jurisprudencia *M.S.S.*, aunque esta vez aplicada a un supuesto de hecho diferente; pone de manifiesto expresamente los límites de la aproximación del TJUE en *N.S.* (y sus secuelas); reafirma la perspectiva individual de la protección de los derechos humanos; y pone al descubierto las deficiencias del sistema *Dublín* que, sólo en parte, han sido contrarrestadas con algunas cautelas introducidas en el Reglamento 604/2013 *Dublín III*.” MORGADES GIL, S. “El sistema de Dublín...” *op. cit.* p.752.

<sup>961</sup> PEERS, S. “Tarakhel v Switzerland...” *op. cit.* p.1. Sin embargo, Cortés Martín considera que “aquel paradigma de la contradicción (entre *Tarakhel* y la jurisprudencia del TJUE) no parece ser sino una doctrina aislada, cuya peculiaridad reside en sus hechos” CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la

autores que apuntan al pronunciamiento en *Tarakhel* como el responsable de la postura defensiva que adoptó el TJUE en el Dictamen 2/13<sup>962</sup>.

Parece que Luxemburgo tiene varios temores sobre el efecto que conllevaría la adhesión en el ámbito del ELSJ. Por una parte, desconfiaría de una posible condena de la Unión por la violación de derechos humanos por parte de Estrasburgo. Por otro lado, tendría miedo de que los Estados miembros comiencen a dejar de aplicar el principio de confianza mutua en base a sus obligaciones derivadas del Convenio<sup>963</sup>. Este temor se derivaría del hecho de que, una vez que este instrumento internacional vincule a la Unión, el estándar del TJUE de la “deficiencia sistemática” no sólo colisionaría con las obligaciones de los Estados de analizar el “peligro real individual” en base al CEDH<sup>964</sup> sino también con las propias obligaciones de la Unión con el mismo<sup>965</sup>. En este sentido, conviene señalar los problemas a los que se enfrentan las jurisdicciones nacionales cuando deben dirimir controversias en materia de asilo, ya que se encuentran ante jurisprudencia divergente del TEDH y el TJUE acerca de un mismo derecho<sup>966</sup>. Pueden verse ante la disyuntiva de seguir la jurisprudencia de Luxemburgo, basada en la confianza mutua o la de

---

presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.848.

<sup>962</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.98: “Toutefois, la Cour de Strasbourg n’en est pas restée là et a franchi un palier supplémentaire dans l’affaire *Tarakhel c. Suisse*, qui a probablement précipité les juges de la Cour de justice vers le rejet de l’adhésion”; JACQUE, J.P. “Pride and/or Prejudice?...Les lectures possibles de l’avis 2/13 de la Cour de Justice”, *Cahiers de Droit Européen* 2015 n° 1, p. 19-45, p.35: “Ce qui a sans doute contribué à provoquer la réaction de la Cour dans l’avis 2/13 est l’arrêt de Grande Chambre de la Cour Européenne *Tarakhel c. Suisse* dans lequel le critère retenu n’est pas celui de l’existence d’une défaillance systémique, mais le traitement individuel auquel le requérant est exposé”; PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection”, 18 de diciembre de 2014, *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>\_(ultimo acceso: 7 de enero de 2017): “One can infer that the CJEU is seething about the ECtHR’s recent judgment in *Tarakhel*, which conspicuously failed to defer to the CJEU’s poorly reasoned defence of the Dublin system in last year’s *Abdullahi* judgment”.

<sup>963</sup> LAMBRECHT, S. “The sting is in the tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, 2015, Issue n°2, p.185-198.

<sup>964</sup> Los Estados miembros se encuentran ante esta obligación aún antes de producirse la adhesión, debido a su condición de Partes contratantes en el Convenio. Como indica Halleskov: “MSS and *Tarakhel* both illustrate that the EU Member States already today are obliged by the Convention to conduct a thorough human rights review of national decisions taken under AFSJ legislative measures”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy...” *op. cit.* p.509.

<sup>965</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid!” *op. cit.* p.130. Teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Carta (prohibición de tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes) es coincidente con el artículo 3 del Convenio, un sector doctrinal sostiene que el TJUE ya se encuentra vinculado, antes de la adhesión, por la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de ese derecho, en virtud del artículo 52.3 de la Carta. Esta cuestión no es pacífica ya que ni el artículo 52.3 de la Carta ni las Explicaciones a la misma clarifican este aspecto, lo cual ha dado lugar a una importante controversia doctrinal sobre este extremo, como se explica de forma extendida en el epígrafe 2.2.2.2 del presente trabajo.

<sup>966</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.9.

Estrasburgo, más centrada en un escrutinio individual y escrupuloso del respeto de los derechos fundamentales<sup>967</sup>. Este no es un caso teórico hipotético, sino que es un problema que ya ha tenido lugar<sup>968</sup>. En efecto, el Tribunal Supremo de Reino Unido se ha visto ante la situación descrita y se ha hecho eco de esta discrepancia jurisprudencial en la sentencia *Eritrea*<sup>969</sup>. En esta decisión ha criticado abiertamente la postura del TJUE que ignora que el “riesgo real individual” de un traslado de un demandante de asilo puede violar el Convenio, aun en casos en los que no exista deficiencia sistemática en el país receptor<sup>970</sup>. Así, ha optado expresamente por seguir el enfoque del Tribunal de Estrasburgo en detrimento del de Luxemburgo<sup>971</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo de Suecia ha emplazado a sus tribunales inferiores a que sigan la jurisprudencia del TJUE salvo en los casos que constituyan una clara violación del CEDH<sup>972</sup>.

---

<sup>967</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo en materia de derechos fundamentales: consideraciones sobre el Dictamen TJUE nº2/13 relativo a la adhesión al CEDH”, *Revista General de Derecho Europeo* 37 (2015) p.12; En el mismo sentido, Editorial “ECJ, Strasbourg and National Courts: an Exercise in Guesswork?” *European Law Review*, October 2015, Vol. 40 Issue 5, october 2015, p. 641-642.

<sup>968</sup> Y no sólo en el ámbito de asilo. Recientemente, el Tribunal Supremo de Eslovaquia ha remitido una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión, en un asunto relativo a la protección de datos, solicitando que aclarara si un órgano jurisdiccional nacional puede seguir la jurisprudencia del TJUE cuando es contraria a la del TEDH. En el momento de presentación de este trabajo, el Tribunal de Justicia aún no ha dictado sentencia, pero sí se han publicado las conclusiones de la Abogada General Kokott, presentadas el 30 de marzo de 2017, asunto C-73/16, Peter Puskar, ECLI:EU:C:2017:253. En el apartado 127, propone la siguiente respuesta: procede responder del siguiente modo a la cuarta cuestión prejudicial: “si un órgano jurisdiccional nacional llega a la conclusión de que la resolución de un procedimiento pendiente ante él dependería de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la cual los derechos de la Carta que correspondan a derechos garantizados por el CEDH reciben una protección menor que conforme a la jurisprudencia del TEDH, podrá someter la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para aclarar cómo se ha de interpretar el Derecho de la Unión en relación con ese caso. Si las decisiones del órgano jurisdiccional nacional no son siquiera susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

<sup>969</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 19 de febrero de 2014 en el asunto *R (E.M. (Eritrea)) v. Sec. of State for the Home Department*. Interesa señalar que, precisamente, el Tribunal de Estrasburgo hace referencia a este pronunciamiento en su sentencia *Tarakhel* (véanse los apartados 52 y ss. de la misma), lo cual muestra la buena sintonía entre el TEDH y la jurisdicción suprema de un Estado miembro, en detrimento del TJUE, ya que el Tribunal de Estrasburgo ignora totalmente la sentencia *Abdullahi* del Tribunal de Luxemburgo (*cit. supra*) que se había publicado tan sólo dos meses antes.

<sup>970</sup> Sentencia *Eritrea*, párrafo 48: “[A]n exclusionary rule based only on systemic failures would be arbitrary both in conception and in practice. There is nothing intrinsically significant about a systemic failure which marks it out as one where the violation of fundamental rights is more grievous or more deserving of protection. And, as a matter of practical experience, gross violations of article 3 rights can occur without there being any systemic failure whatsoever.”

<sup>971</sup> Sentencia *Eritrea*, párrafo 58: “removal of a person from a member state of the Council of Europe to another country is forbidden if it is shown that there is a *real risk that the person transferred* will suffer treatment contrary to article 3 of ECHR.” (énfasis añadido).

<sup>972</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Suecia de 25 de febrero de 2014, 461-11 *BillerudKorsnäs Sweden Ltd. / Agencia sueca de protección del medioambiente (Naturskyddsverket)*, NJA 2014,79, disponible en <https://lagen.nu/dom/nja/2014s79>. Puede encontrarse un resumen en inglés en el siguiente enlace: <http://fra.europa.eu/en/caselaw-reference/sweden-supreme-court-461-11> (último acceso: 14 de julio de 2016). Sobre la conexión de estos pronunciamientos de órganos jurisdiccionales nacionales con el Dictamen



### 3.3.3. El difícil acomodo de esta objeción desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos

En el Dictamen 2/13, el Tribunal afirma que el hecho de que no se haya previsto nada en el acuerdo para prevenir el riesgo que supone la adhesión para el principio de confianza mutua puede afectar “a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía”<sup>973</sup>. *Sensu contrario*, el TJUE considera que, para evitar la incompatibilidad del acuerdo con el Derecho de la Unión, debería haberse introducido en aquél una disposición que evitara tal colisión, a saber, una norma que estableciera que, en las relaciones gobernadas por el Derecho de la Unión, los Estados miembros no deberían cuestionar el respeto de los derechos humanos entre ellos en base al Convenio. Como indican Lazowski y Wessel, una lectura en sentido amplio del apartado 194 podría llevar a pensar que el Tribunal de Justicia estaría exigiendo la inaplicación del Convenio entre los Estados miembros cuando sus relaciones están reguladas por el Derecho de la Unión<sup>974</sup>. Es más, el Tribunal muestra su extrañeza, en ese mismo párrafo 194, sobre que el Convenio imponga “que se considere a la Unión y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión”.

Así, el TJUE estaría solicitando una pretendida “excepcionalidad” dentro del sistema del CEDH; que se trate a la Unión y a los Estados Miembros como una sola Parte en el Convenio<sup>975</sup>, de tal suerte que no puedan cuestionar el respeto de los derechos humanos entre ellos<sup>976</sup>. No obstante, esta propuesta no es factible por dos razones. En primer lugar,

---

2/13, Cortés Martín afirma: “Es probable que la reacción del TJUE en el Dictamen nº 2/13 haya estado motivada por todos estos fallos que parecen cuestionar el principio de confianza mutua ahora elevado a rango constitucional” CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.12.

<sup>973</sup> Véanse los apartados 195 y 200 del Dictamen 2/13.

<sup>974</sup> LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.192.

<sup>975</sup> KORENICA, F. “The Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.414.

<sup>976</sup> Cabe destacar aquí las críticas palabras de Kochenov sobre el “deficiente” Estado de Derecho en la Unión Europea que impide a los Estados cuestionarlo. Según este autor, el Dictamen 2/13 constituye el mejor ejemplo de lo que es en realidad una “Comunidad de Derecho” para la Unión: “The current state of play in the EU within the triad of reality, human rights, and the Rule of Law is thus quite deficient: reality is turned into a presumption; human rights are included among the tools of the internal market alongside primacy and direct effect; and the Rule of Law is equated with loyalty: *an obligation on the Member States not to question this shaky construct*, thus acting ‘in accordance with the law...’ *Opinion 2/13 is a most typical*



iría contra el propio sistema del Tribunal de Estrasburgo<sup>977</sup> y contra toda consideración de que la Unión Europea se adhiere al Convenio en pie de igualdad con el resto de Partes Contratantes. Una segunda razón: esta especie de “exención” que parece exigir el Tribunal atentaría contra un auténtico escrutinio del respeto de los derechos humanos por parte el TEDH, que es, precisamente, el objetivo último de la adhesión. El TJUE exige que su concepción del sistema de confianza mutua prevalega sobre la protección de los derechos humanos<sup>978</sup>. En otras palabras, exige que el Convenio se adapte al Derecho de la Unión, tal y como lo define el TJUE, y no al contrario<sup>979</sup>.

Como hemos señalado anteriormente, el Tribunal eleva la confianza mutua a la categoría de principio constitucional que apuntala el ordenamiento jurídico de la Unión<sup>980</sup>. Lo realmente preocupante es que lo sitúe en una categoría superior sobre la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, conviene tener en cuenta la literalidad de los Tratados, concretamente al artículo 67.1 del TFUE – al que, por cierto, el Tribunal ni se refiere una sola vez en todo el Dictamen - que establece: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia *dentro del respeto de los derechos fundamentales* y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”<sup>981</sup>. Por tanto, los Tratados no dan prioridad a la confianza mutua sobre el respeto de los derechos

---

*example of what the EU’s ‘Rule of Law’ is about.”* (Énfasis añadido) KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.94.

<sup>977</sup> LAMBRECHT, S. “The sting is in the tail...” *op. cit.* p.188: “By demanding that after accession the Convention should not require a Member State to check whether there is a real risk of inhuman or degrading treatment in the receiving country, when EU law imposes an obligation of mutual trust between those Member States, the CJEU infringes upon the Strasbourg Court’s autonomy”

<sup>978</sup> Como crítica de forma muy acertada Kochenov: “This means that, instead of being concerned with the compliance with basic human rights, the EU—and the Member States instructed by its Court—should presumably disregard what the CoE human rights protection system and their own Constitutions demand: *an untenable request not only since it obviously goes against the idea of human rights protection* and faithfulness to the Convention directly binding in all the EU Member States, and overlapping—in the absolute majority of cases—with the system of core values on which each Member State legal system is built, but also since a request to disregard the potentially grave consequences for the individual comes in the name of the ephemeral ‘autonomy of EU law’ (Énfasis añadido) KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p. 85, nota 67.

<sup>979</sup> PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection”, 18 de diciembre de 2014, *EU Law Analysis Blog*, p.6. <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>

<sup>980</sup> Sobre el “resurgimiento” del principio de confianza mutua tras el Dictamen 2/13 y su impacto en el Derecho de la Unión, véase GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence...” *op. cit.* p.19 y ss.

<sup>981</sup> Énfasis añadido. Tomando como base esta importantísima disposición, el profesor Henri Labayle se pregunta: “L’Union ne constitue-t-elle pas d’abord un espace de liberté, de sécurité et de justice “*dans le respect des droits fondamentaux*” selon l’article 67 §1 TFUE? La présomption de conformité qu’elle érige en caractéristique des relations entre Etats membres est-elle si justifiée qu’elle en fasse une marque indélébile?”, LABAYLE, H. “La guerre des juges n’aura pas lieu...” *op. cit.* p.6.

fundamentales<sup>982</sup>, más bien al contrario, teniendo en cuenta que éste se encuentra entre los valores en los que se asienta la Unión<sup>983</sup>. Asimismo, cabe destacar el enorme contraste que existe entre la noción de confianza mutua en relación a la protección de los derechos fundamentales hace unos años y el construido (o más bien, blindado) por el Tribunal en el Dictamen 2/13. En este sentido, son muy ilustrativas las conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer en los asuntos *Gözütok* y *Brügge*, presentadas en 2002, donde la confianza mutua se erigía como un principio para reforzar la defensa de los derechos humanos en todos los Estados miembros<sup>984</sup>, mientras que en el Dictamen 2/13 se concibe como un muro que impide un escrutinio individualizado de estos derechos.

Además, hay que tener en cuenta que el respeto de los derechos fundamentales en los Estados miembros de la Unión no es un hecho consumado<sup>985</sup>. Sería deseable que todos los Estados miembros cumplieran escrupulosamente todas sus obligaciones de respeto de estos derechos, pero la realidad es bien distinta<sup>986</sup>. No hay más que ver las condenas recientes del TEDH a Estados miembros de la Unión<sup>987</sup>. La profesora Spaventa sostiene que la presunción de cumplimiento de los derechos humanos por todos los Estados

---

<sup>982</sup> PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR...” *op. cit.* p.6; En este sentido, Polakiewicz afirma: “Under the EU treaties, mutual recognition is merely a ‘principle’ to be used to facilitate judicial cooperation among EU member states. It should not be weighed against, or, even worse, used to escape compliance with legal obligations to respect fundamental rights under EU primary law.” POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *VerfassungsBlog*, 12 de marzo de 2015, disponible en : <http://verfassungsblog.de/its-about-human-rights-stupid/> (último acceso: 7 de enero de 2017) p.2.

<sup>983</sup> Como se explicó en el Capítulo I del presente trabajo, los valores en los que se fundamenta la Unión están recogidos en el artículo 2 TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y *respeto de los derechos humanos*, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.” (Énfasis añadido)

<sup>984</sup> Véase en concreto el apartado 133 de las conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, presentadas el 19 de septiembre de 2002, en los asuntos *Gözütok* (C-187/01) y *Brügge* (C-385/01): “Se trata, según se propuso durante la presidencia española, de que los principios de igualdad y de confianza mutua guíen la aplicación del *ius puniendi* por los socios, para preservar el orden social europeo, *garantizando los derechos fundamentales y las libertades públicas sobre los que se fundan los sistemas jurídicos de la Unión y de los Estados que la integran*, entre los que se encuentra el principio *ne bis in idem*.”

<sup>985</sup> LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.192.

<sup>986</sup> Véase por ejemplo, el Informe Anual de Human Rights Watch de 2015, disponible en: <https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/croatia-european-union-france-germany-greece-hungary-italy>. (último acceso: 7 de enero de 2017)

<sup>987</sup> Véase esta reveladora tabla disponible en la propia página del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que agrupa sus sentencias por Estado infractor y por artículo infringido. “Violations by article and by State”, European Court of Human Rights, 2016 [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_2016\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2016_ENG.pdf) (último acceso: 30 de marzo de 2017). Por ejemplo, en 2016, Croacia fue condenada en 33 sentencias por violación de al menos un derecho del Convenio. En el caso de Grecia, el TEDH declaró que había violado el CEDH en 41 sentencias. España fue condenada 12 veces a lo largo de 2016.

miembros podría estar justificada tan sólo en tanto en cuanto la Unión fuera capaz de obligar a sus Estados a respetar esas obligaciones<sup>988</sup>. La tozuda realidad indica que hoy en día no está capacitada por varias razones. A pesar de contar con una base jurídica en el artículo 7 TUE<sup>989</sup> - la denominada “opción nuclear” - para penalizar a aquellos Estados miembros en los que exista “un riesgo claro de violación grave” o una “violación grave y persistente” de los valores contemplados en el artículo 2 TUE – entre ellos, el respeto de los derechos humanos –lo cierto es que se trata más bien de una herramienta más política que legal, como muestran las sistemáticas infracciones por parte de ciertos Estados miembros<sup>990</sup>. No constituye, por tanto, un instrumento útil y eficaz para garantizar la

---

<sup>988</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.51 y ss.

<sup>989</sup> Artículo 7:

1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.
2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.
3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.
4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición.
5. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el artículo 354 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

<sup>990</sup> Para hacer frente a las diversas crisis del Estado de Derecho en varios Estados miembros, la Comisión adoptó un procedimiento previo a la activación del artículo 7 TUE en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2014) 158, marzo de 2014. Véase un exhaustivo análisis de este nuevo marco institucional en: KOCHENOV, PECH, L. “Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission’s ‘Pre-Article 7 Procedure’ as a Timid Step in the Right Direction”, EUI Working Paper, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2015/24. Hasta la fecha, la Comisión ha iniciado este nuevo procedimiento anterior a la aplicación del artículo 7 TUE frente a Polonia, dirigiendo a este Estado ciertas recomendaciones, como puede verse en el siguiente enlace: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-4476\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4476_en.htm) (último acceso: 26 de abril de 2017). Sin embargo, la Comisión no ha actuado ante la deriva autoritaria en Hungría al mando de Viktor Orban, que ha adoptado legislación de dudosa compatibilidad con los derechos fundamentales y el respeto del Estado de Derecho. El propio Parlamento Europeo ha instado a la Comisión a que active la primera fase del marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho e inicie un proceso de control pormenorizado relativo a la situación de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales en este país en la Resolución de 10 de junio de 2015, sobre la situación en Hungría (2015/2700(RSP)),

uniformidad básica sobre la que la confianza mutua podría ser construida<sup>991</sup>. Por otro lado, la Unión podría iniciar procedimientos de infracción contra Estados miembros por violación de derechos fundamentales, pero sólo puede hacerlo cuando un Estado miembro actúe en el ámbito del Derecho de la Unión. De esta forma, la Comisión Europea ha iniciado procedimientos en relación a la vulneración de ámbitos sectoriales de legislación, que tocaban de forma tangencial pero no abordaban el núcleo de las violaciones de derechos humanos<sup>992</sup>.

Consecuentemente, mientras no haya un mecanismo efectivo para controlar el respeto de los valores en los que se asienta la Unión Europea resulta muy cuestionable que el principio de confianza mutua se eleve a un “principio supremo”, sobre todo en áreas particularmente sensibles como el Derecho penal o el asilo y la inmigración<sup>993</sup>. Por este motivo, la objeción del Tribunal relativa a la confianza mutua es particularmente preocupante, porque eliminaría la red básica de protección de derechos humanos que proporciona el Convenio, precisamente en el ámbito donde aquella es más necesaria<sup>994</sup>. En este mismo sentido se pronuncia la profesora Douglas Scott, que afirma que es irónico que el TJUE exprese esta objeción en un momento de expansión sin precedentes de los poderes de la Unión en materia penal y que es, precisamente, cuando el control de derechos humanos sobre aquella es más imperioso que nunca<sup>995</sup>. En efecto, el TEDH juega un papel fundamental a la hora de establecer los límites del principio de confianza mutua que, aunque es una pieza clave de la integración europea, no debe amenazar la protección de los derechos humanos ni socavar los valores de la Unión<sup>996</sup>.

---

<sup>991</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.52. En el mismo sentido se pronuncia Dimitri Kochenov en KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.89.

<sup>992</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012, Asunto C-286/12, *Comisión europea contra Hungría*, ECLI:EU:C:2012:687. El Tribunal consideró que el radical cambio de la edad de jubilación para los jueces húngaros constituía una discriminación por razón de edad. Otro ejemplo es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asunto C-288/12 *Comisión Europea contra Hungría* ECLI:EU:C:2014:237. El Tribunal declaró que Hungría había incumplido sus obligaciones en virtud de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, al poner fin antes de tiempo al mandato de la autoridad de control de la protección de datos personales.

<sup>993</sup> Sobre la relación entre la confianza mutua y los derechos fundamentales en la legislación de la Unión en materia penal, véase MITSILEGAS, V. ‘The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe’s Area of Criminal Justice’, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 207/2015, *New Journal of European Criminal Law*, 2015.

<sup>994</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.52.

<sup>995</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. “The Relationship between the EU and the ECHR...” *op. cit.* p.8

<sup>996</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. “The Relationship between the EU and the ECHR...” *op. cit.* p.8

Por todos los motivos expuestos, acomodar esta objeción del Tribunal tendría como resultado una disminución de la protección de los derechos humanos, cuando la adhesión persigue precisamente lo contrario. Como adelantábamos en el Capítulo II, uno de los motivos por los que la adhesión se torna cada vez más ineludible es la necesidad de poner fin a las divergencias jurisprudenciales entre el TJUE y el TEDH<sup>997</sup>. En el Dictamen 2/13, el Tribunal de Luxemburgo intenta blindar el principio de confianza mutua ante toda posible interferencia del TEDH<sup>998</sup>, cuando lo más deseable para la protección de los derechos humanos es que hiciera precisamente lo contrario: adoptar el enfoque del TEDH en *Tarakhel* y permitir que los Estados puedan rechazar el traslado de un demandante de asilo cuando exista un “riesgo real” de trato inhumano en el Estado receptor, no sólo cuando se trate de una “deficiencia sistémica”<sup>999</sup>.

Casos como *M.S.S.* o *Tarakhel* demuestran que, incluso antes de la adhesión, problemas referentes al ELSJ ya llegan ante la Alta Jurisdicción de Estrasburgo<sup>1000</sup>. Por tanto, la colisión entre el principio de confianza mutua y la interpretación del Convenio por parte del TEDH no está desencadenada por la adhesión, sino que es un problema preexistente<sup>1001</sup>. En efecto, el Tribunal parece perder de vista que la integración de la

---

<sup>997</sup> El profesor Jacqué pone de relieve que la divergencia entre las jurisprudencias del TJUE y el TEDH es precisamente la razón de ser de esta objeción del Tribunal: “Il s’agit sans doute d’une des questions les plus délicates parce qu’elle ne porte pas sur des aspects structurels ou institutionnels, mais sur une divergence de jurisprudence”, JACQUÉ, J. P. “L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme après l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne”, audiencia pública ante el Comité de asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 20 de abril de 2016, p. 8.

<sup>998</sup> Kochenov denuncia la venda en los ojos que parece tener el TJUE, pues no quiere ver las violaciones de derechos humanos que hay detrás de la confianza mutua entre Estados: “Not only is there no Rule of Law in sight, but the Court prefers to insist on an exclusive reliance on EU law without looking beyond its presumptions about what the Member States are or are not like, even in the face of an abundantly clear disruption of the foundational assumptions behind mutual trust signalled by the ECtHR. In not considering what is actually behind the presumption of loyalty, the same rhetorical tool is constantly deployed by the ECJ: the need to protect the ‘autonomy of EU law’ KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.92.

<sup>999</sup> En este mismo sentido, Komárek afirma: “There seems to be a serious problem with respecting fundamental rights of asylum seekers in some Member States, while the Union is not able – *in social reality* (despite all talks of solidarity) – to address them. It is not clear to me how the ECJ’s insistence on the strong legal obligation of mutual trust can change this reality. *If anything, the ECHR’s involvement makes sure that it is the common European (albeit not Union’s) standard that allows individual states to depart from their legal obligation of mutual trust*”, KOMÁREK, “It’s a stupid autonomy”, *Verfassungsblog*, 14 de marzo de 2015, <http://verfassungsblog.de/its-a-stupid-autonomy-2/>. (último acceso: 15 de marzo de 2015).

<sup>1000</sup> Como apunta Carlos Fernández Liesa, la sentencia MSS puso “en entredicho el sistema de Dublín ante la garantía de los derechos humanos por parte del TEDH”, FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, *op. cit.* p.335.

<sup>1001</sup> El peligro para el principio de confianza mutua no sólo no sería consecuencia de la adhesión sino que es aún mayor si ésta no tiene lugar, como señalan Pirkker y Reteinmeyer: “one might say that the danger for mutual trust may be even higher without an accession to the ECHR. To put it differently, mutual trust in human rights law may already be overstretched”, PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.9; Como señala Polakiewicz: “The challenge to the

Unión en el Convenio no exagera esta problemática, sino más bien al contrario, puede atenuar la explosiva tensión entre Luxemburgo, Estrasburgo y los tribunales nacionales acerca de todas las cuestiones relativas al ELSJ y el principio de confianza mutua<sup>1002</sup>. La adhesión y el mecanismo del codemandado<sup>1003</sup> dan la posibilidad de un control exhaustivo sobre el ELSJ, permitiendo la participación activa de los actores protagonistas tanto a nivel nacional como supranacional<sup>1004</sup>. Por el contrario, en la situación pre-adhesión, la Unión no puede intervenir como parte en los procedimientos ante el Tribunal de Estrasburgo para defender el sistema de Dublín o, en general, el principio de confianza mutua<sup>1005</sup>.

Por último, esta objeción no sólo es de difícil aceptación en aras de una protección efectiva de los derechos humanos, sino también por la baja probabilidad de que el resto de Partes Contratantes del Convenio consientan la restricción en la intensidad del escrutinio por parte de Estrasburgo en los términos solicitados por el TJUE. Ninguna Parte en el Convenio disfruta hasta el momento de ese “privilegio” y, por lo tanto, parece difícil que acepten que sí debería tenerlo la Unión Europea.

---

conception of mutual trust in JHA matters could hardly become more severe than it already is“ POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *op. cit.* p.3.

<sup>1002</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid!” *op. cit.* p.134.

<sup>1003</sup> Mecanismo que será analizado en el Capítulo IV

<sup>1004</sup> POLAKIEWICZ, J. “The Future of Fundamental Rights Protection without accession” *op. cit.* p.4.

<sup>1005</sup> A este respecto, es muy importante la reflexión que realiza el profesor Cortés Martín: “(En la situación pre-adhesión) el TEDH valora libremente el ámbito de aplicación del derecho de la Unión a fin de determinar si controlará o no la convencionalidad de la medida nacional de ejecución. No hace falta resaltar las ventajas para preservar la autonomía del derecho de la Unión que en este tipo de procedimientos habrían reportado el sistema del codefensor o las disposiciones sobre la intervención previa del TJUE previstas en el proyecto de adhesión. Cualquiera de ellas permitiría que fuera la propia Unión —y no el TEDH— quien explicara qué se enmarca en la competencia de cada sujeto” y “el desafío a la propia concepción de la confianza mutua difícilmente llegará a ser más severa en Estrasburgo de lo que ya lo es a día de hoy, sin que la Unión sea parte en el proceso para defender su propia concepción, limitándose a una mera tercera intervención, y sin que el TJUE pueda arrojar su propia interpretación de la norma controvertida en caso de que aún no exista. Por el contrario, la adhesión facilitaría un escrutinio externo del ELSJ con la participación activa de sus protagonistas, lo cual podría permitir —pensamos— una mejor evaluación tanto de estos instrumentos basados en el principio de reconocimiento mutuo como de la protección de los derechos fundamentales de los particulares afectados” CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p. 842 y p. 850.



### 3.4. La falta de articulación entre el mecanismo de consulta del Protocolo nº 16 y el procedimiento de cuestión prejudicial

#### 3.4.1. El Protocolo nº 16 y el temor del Tribunal de Luxemburgo

El tercer obstáculo identificado por el Tribunal es relativo al mecanismo de consulta introducido por el Protocolo nº 16 del CEDH<sup>1006</sup> - que ha sido denominado por el ex presidente del TEDH, Dean Spielmann, el “Protocolo del diálogo”<sup>1007</sup> -. Consiste en un procedimiento que permite a los tribunales superiores de los Estados parte del Convenio solicitar al Tribunal de Estrasburgo una opinión consultiva sobre cuestiones referentes a la interpretación o a la aplicación de los derechos recogidos en el CEDH o en sus Protocolos<sup>1008</sup>. Se trata de un mecanismo concebido a imagen y semejanza del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE<sup>1009</sup>. Según el

---

<sup>1006</sup> El Protocolo nº 16 está disponible en [http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf), junto con un informe explicativo [http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_explanatory\\_report\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf) (último acceso: 7 de enero de 2017). Fue firmado el 2 de octubre de 2013. Han ratificado el Protocolo nº 16 seis Estados (Albania, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino y Eslovenia) no alcanzando los diez Estados que son necesarios para su entrada en vigor. Como puede observarse, tan sólo dos Estados miembros de la Unión lo han ratificado (Finlandia y Eslovenia). El profesor Ricardo Alonso cree que, a la luz del razonamiento del Tribunal en el Dictamen, incluso cabría plantearse si ya habrían incumplido el Derecho de la Unión por el mero hecho de ratificar el Protocolo 16, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.11. Puede verse el estado de firmas y de ratificaciones del citado Protocolo en: [http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=0nrmJ6WL](http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=0nrmJ6WL) (último acceso: 7 de enero de 2017)

<sup>1007</sup> CALLEWAERT, J. “Protocol 16 and the Autonomy of EU law: Who is threatening whom?” *European Law Blog*, October 3, 2014 <http://europeanlawblog.eu/?p=2551> (ultimo acceso: 7 de enero de 2017).

<sup>1008</sup> Véase sobre el Protocolo nº 16: ALONSO GARCÍA, R. “La novedosa opinión consultiva del Protocolo n.º 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en ALONSO GARCÍA, R. y UGARTEMENDÍA, (dir.), *La cuestión prejudicial europea*, European Inklings, 2014, pp. 179 y ss; DICOSOLA, M. FASONE, C. SPIGNO, I. The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System, *German Law Journal*, 2015; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Consejo de Europa, “Dialogue between judges: “How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?” (Proceedings of the Seminar, Strasbourg, 27 January 2012), disponible en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue\\_2012\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_ENG.pdf) (ultimo acceso: 7 de enero de 2017); LÓPEZ GUERRA, L. “Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014; THORARENSEN, B. “The advisory jurisdiction of the ECtHR under Protocol No. 16: enhancing domestic implementation of human rights or a symbolic step?”, in MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. y BUYSE, A. *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations*, Routledge, 2016, p.79-101.

<sup>1009</sup> Artículo 267 TFUE:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

profesor Jacqué, este instrumento es un homenaje del Consejo de Europa a la Unión Europea<sup>1010</sup>, ya que se ha inspirado en la cuestión prejudicial adaptándolo a las especificidades del TEDH<sup>1011</sup>. A pesar de sus similitudes, subsisten importantes diferencias entre ambos mecanismos. En primer lugar, sólo los tribunales de mayor rango de los Estados parte del Convenio están legitimados para solicitar una opinión consultiva<sup>1012</sup>. En segundo lugar, no están obligados a ello - como sí sucede en el ámbito de Derecho de la Unión en las jurisdicciones superiores - sino que es opcional<sup>1013</sup>. Por último, las opiniones emitidas por Estrasburgo no son vinculantes<sup>1014</sup>.

El TJUE muestra su preocupación en el sentido siguiente: “puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE”<sup>1015</sup>. El Tribunal considera que la ausencia de articulación entre el mecanismo instaurado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial en el acuerdo de adhesión puede afectar a “la autonomía y la eficacia de este último procedimiento”<sup>1016</sup>. Además, el

---

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

<sup>1010</sup> JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.25.

<sup>1011</sup> Véase para un análisis exhaustivo de las similitudes y diferencias entre el mecanismo de consulta del Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del Derecho de la Unión, GRAGL, P. “(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no.16”, *European Law Review*, 2013.

<sup>1012</sup> Artículo 1 del Protocolo nº 16: “*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party*, as specified in accordance with Article 10, *may request* the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.” (énfasis añadido)

<sup>1013</sup> Se infiere de la literalidad del artículo anterior “*may request*”. Se trata, por tanto de una opción, no de una obligación.

<sup>1014</sup> Lo establece claramente el artículo 5 del Protocolo nº 16: “*Advisory opinions shall not be binding*”.

<sup>1015</sup> Apartado 197, Dictamen 2/13.

<sup>1016</sup> Apartado 199, Dictamen 2/13. Interesa destacar las críticas palabras de Ricardo Alonso hacia este pasaje del Dictamen: “Tal argumentación del TJUE no sólo es, nuevamente, en sumo grado endeble, sino, además, en exceso confusa y técnicamente imperfecta”, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.12; En el lado opuesto, conviene señalar la postura de Halberstam que defiende a ultranza la preocupación del Tribunal a este respecto. Llama la atención la visión de este autor, que incluso considera que los tribunales nacionales estarían equivocados si consultaran a Estrasburgo sobre el Convenio, en vez de a Luxemburgo sobre la Carta: “Without EU accession, a *mistaken* Member State court is asking Strasbourg about the Convention, when it should have asked Luxembourg about the Charter. After accession, the *mistaken* Member State court would be asking Strasbourg about the Convention, when it should have asked Luxembourg about the Convention. After accession, but not before, the mistaken



TJUE enfatiza que este mecanismo de remisión prejudicial constituye “la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados”<sup>1017</sup>.

Esta inquietud del Tribunal saltó a la luz durante las audiencias que tuvieron lugar los días 5 y 6 de mayo de 2014 en la sede de la Alta Jurisdicción de la Unión<sup>1018</sup>. Se planteó si el citado Protocolo no afectaría la autonomía del Derecho de la UE y el monopolio del TJUE en la interpretación del mismo, al permitir que las jurisdicciones nacionales superiores pudieran elegir entre a Luxemburgo o a Estrasburgo en una suerte de “*forum shopping*”<sup>1019</sup>. Como bien explica Martín y Pérez de Nanclares, el verdadero temor del TJUE es que mediante la opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo, éste pueda marcar en su pronunciamiento una interpretación previa de un derecho del Convenio susceptible de prejuzgar la interpretación que Luxemburgo haría de ese mismo derecho también recogido en la Carta<sup>1020</sup>.

### 3.4.2. Una objeción artificial

Este obstáculo a la adhesión puede considerarse carente de justificación por varias razones. En primer lugar, es importante aclarar que la Unión no ha manifestado su intención de adherirse a este Protocolo. El propio Tribunal lo explica en el Dictamen 2/13: “el acuerdo previsto no contempla la adhesión de la Unión como tal al citado Protocolo nº 16”<sup>1021</sup>. También lo ha señalado la Abogada General Kokott en sus conclusiones: “hay que apuntar que el Protocolo nº 16 no es objeto, como tal, de este procedimiento de

---

Member State court would be asking a non-EU court a question of EU law.” HALBERSTAM, D. “A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward)”, *Verfassungsblog*, 12 de marzo de 2015, disponible en: <http://verfassungsblog.de/a-constitutional-defense-of-cjeu-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-the-way-forward/> (ultimo acceso: 22 de Agosto de 2016).

<sup>1017</sup> Apartado 198, Dictamen 2/13.

<sup>1018</sup> Cobran indudable interés las palabras (premonitorias) de Johansen que asistió a las audiencias de mayo de 2014 ante el Tribunal y escribió una crónica sobre las mismas: “Some people in the audience that I spoke to suspected that the aggressive line of questioning concerning Protocol 16 suggests that the ECJ is considering using it as a scapegoat in order to find the DAA incompatible with the Union’s legal autonomy. This could be a way for the ECJ to reject the DAA without coming off as overtly “political” in its judgment. Therefore I think that is a perfectly plausible hypothesis as to how the argument of the ECJ will be structured, given that it indeed wishes to reject the DAA”. Y así fue, el Tribunal empleó el argumento del Protocolo nº 16 como una de las razones para determinar que el proyecto de acuerdo de adhesión era incompatible con los Tratados. Véase JOHANSEN, “Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement” (Part 2 of 2), 6 de mayo de 2014 <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/stian-oby-johansen/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-2-of-2.html> (ultimo acceso: 7 de enero de 2017).

<sup>1019</sup> CALLEWAERT, J. “Protocol 16 and the Autonomy of EU law...” *op. cit.*

<sup>1020</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.843.

<sup>1021</sup> Apartado 197, Dictamen 2/13.

dictamen, porque no es uno de los textos jurídicos a los que la Unión se adherirá con arreglo al Proyecto de Acuerdo”<sup>1022</sup>. Consecuentemente, el TJUE, como jurisdicción suprema del ordenamiento de la Unión, no podrá solicitar estas opiniones consultivas a Estrasburgo. En cambio, las jurisdicciones superiores de los Estados miembros que hayan ratificado el Protocolo sí podrán recabar opiniones consultivas del TEDH una vez que aquél entre en vigor, con independencia de que la adhesión de la Unión al Convenio se produzca o no.

La Abogada General reconoce el menoscabo que la entrada en vigor del Protocolo nº16 puede producir sobre el TJUE. Al convertirse el CEDH en parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión como consecuencia de la adhesión, el Tribunal tendría competencia para interpretarlo con carácter prejudicial<sup>1023</sup>. Según Kokott, este papel podría estar en peligro si los tribunales de mayor rango de los Estados miembros que hubieran ratificado el Protocolo nº 16 recurrieran en cuestiones de interpretación del Convenio al TEDH antes que al TJUE<sup>1024</sup>. Sin embargo, es determinante la aclaración que la Abogada General realiza a continuación: “el fenómeno que se acaba de referir *no sería consecuencia de la adhesión de la Unión al CEDH que ahora se plantea*. Incluso aunque la misma no se produjera, los tribunales de los Estados miembros que hayan ratificado el Protocolo nº 16 podrían dirigirse al TEDH sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos (de interpretación del CEDH), en lugar de plantear a nuestro Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales de tenor idéntico (de interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales)”<sup>1025</sup>. Por consiguiente, el hecho de que la adhesión tenga lugar es indiferente a efectos de la utilización del nuevo mecanismo por parte de los Estados miembros<sup>1026</sup>. El peligro que indica la Abogada General no estaría en absoluto provocado por el Proyecto de adhesión – que es el ámbito material objeto del Dictamen 2/13 – y por esa razón, ella no lo considera un obstáculo. Además, también es relevante indicar que el Protocolo nº 16 se abrió a la firma en octubre de 2013, con posterioridad a que los cinco instrumentos del acuerdo de adhesión fueran adoptados (5 de abril de ese

---

<sup>1022</sup> Apartado 138, Dictamen 2/13.

<sup>1023</sup> Como apuntan Pirkker y Reteinmeyer: “From a constitutional point of view, the ECHR would after accession become an integral part of EU law. The CJEU would therefore become *the authorised interpreter of the ECHR-as-EU-law for all matters*” (énfasis añadido), PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.10.

<sup>1024</sup> Apartado 139, Dictamen 2/13.

<sup>1025</sup> Apartado 140, Dictamen 2/13. Énfasis añadido.

<sup>1026</sup> Como señala Jacqué: “Quelle que soit la situation, que l’Union soit ou non partie, le risque est identique (...) La situation n’est guère différente avec ou sans adhesion”, JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.26.

mismo año)<sup>1027</sup>. Este acuerdo, por tanto, es preexistente al Protocolo y ni estaba siquiera en la mente de los negociadores del proyecto.

En segundo lugar, conviene tener en cuenta que, incluso antes de la adhesión, la propia Unión ya había restringido el alcance de su autonomía en lo referente a la interpretación de los derechos de la Carta coincidentes con los del Convenio, en virtud del emblemático artículo 52.3<sup>1028</sup> - que, curiosamente, a pesar de su enorme trascendencia para las relaciones internormativas, el TJUE elude un análisis de esta disposición en el Dictamen 2/13<sup>1029</sup> -. Así, la Unión se ha dotado de una norma – insistimos, previa a la adhesión – de conformidad con la cual ya no tiene una libertad ilimitada para interpretar los derechos de la Carta<sup>1030</sup>, sino que debe respetar el Convenio como el umbral mínimo. Las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal de Estrasburgo no prejuzgarán el hecho de que el Derecho de la Unión vaya más allá del nivel de protección otorgado por el CEDH. En efecto, una opinión del TEDH tan sólo determinaría el estándar mínimo que el Derecho de la Unión acepta como vinculante, y que por supuesto, podría ser sobrepasado por el TJUE si considerara que debe otorgar una interpretación más extensiva de un derecho consagrado en la Carta. Asimismo, debe tenerse en cuenta un detalle no menor y es que, como se explicó anteriormente, las opiniones consultivas previstas en el Protocolo nº 16 no son vinculantes<sup>1031</sup>.

En tercer lugar, según el Tribunal, el riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial se derivaría del hecho de que “una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo nº 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo *pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia*”<sup>1032</sup>. Como recuerda acertadamente

---

<sup>1027</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.842. El Tribunal se hace eco de este dato en el apartado 197 del Dictamen 2/13.

<sup>1028</sup> Recordemos que, sobre la base de esta disposición, el “sentido y alcance” de los derechos establecidos en la Carta correspondientes a los del Convenio deberán ser “iguales” a los de éste. Además, la segunda parte de ese artículo establece que el CEDH se configura como el patrón mínimo de protección sobre el que la Unión podrá otorgar una protección más amplia pero nunca menor.

<sup>1029</sup> Interesa destacar las palabras de Johan Callewaert sobre el llamativo silencio del TJUE sobre el artículo 52.3 en el Dictamen 2/13: “The irony, however, is that if you look at Opinion 2/13, which is precisely about the relationship with the Convention, you find not less than 12 references to EU-law autonomy in the reasoning of the Opinion and not one to the provision which is at the heart of this relationship, Art. 52 § 3 of the EU-Charter. This I find extremely telling”. CALLEWAERT, J. “Is EU accession still a good idea?” en IMAMOVIC, Š., CLAES, M., and DE WITTE, B. (eds.) ‘The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13’, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2016/3, p.2.

<sup>1030</sup> CALLEWAERT, J. “Protocol 16 and the Autonomy of EU law...” *op. cit.* p.4.

<sup>1031</sup> Véase el artículo 5 del Protocolo nº 16.

<sup>1032</sup> Apartado 198 del Dictamen 2/13. Énfasis añadido.

Ricardo Alonso, dicho procedimiento de intervención previa del Tribunal de Luxemburgo<sup>1033</sup> sólo puede tener lugar en los procesos en los que la Unión sea codemandada ante el TEDH<sup>1034</sup>. El temor del TJUE es infundado, ya que las opiniones consultivas previstas en el Protocolo nº 16 se suscitarían en procedimientos nacionales, donde la Unión nunca puede ser codemandada.

A la luz de estas consideraciones, parece evidente que esta objeción esconde una desconfianza por parte de Luxemburgo hacia las jurisdicciones supremas de los Estados miembros<sup>1035</sup>. Es cierto que la posibilidad de que estos tribunales consulten al Tribunal de Estrasburgo sin haberse dirigido previamente al TJUE existe. La cuestión que nos planteamos es ¿qué necesidad tendrían aquellos jueces de comprobar, en el marco de un litigio, la conformidad de una determinada legislación a la luz del Convenio en vez de a la luz de la Carta y sortear así al Tribunal de Luxemburgo?<sup>1036</sup> La hipótesis en que tendría más sentido este comportamiento es en aquellos asuntos que no entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión en cuyo caso, lógicamente, tampoco se plantearía una cuestión prejudicial. Asimismo, esta objeción no sólo pondría de manifiesto la desconfianza del TJUE hacia las jurisdicciones nacionales, sino también hacia el TEDH<sup>1037</sup>, pues al fin y al cabo es éste quien debe decidir sobre la admisibilidad de una petición de opinión consultiva<sup>1038</sup>. No es muy realista pensar que la sección de cinco jueces del Tribunal de Estrasburgo que está encargada de la admisibilidad de estos procedimientos aceptara a trámite una consulta de un tribunal nacional en la que fuera

---

<sup>1033</sup> Procedimiento que será analizado en el Capítulo IV.

<sup>1034</sup> Artículo 3.6 del Acuerdo de adhesión. ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.12.

<sup>1035</sup> JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.23.

<sup>1036</sup> JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.26.

<sup>1037</sup> Sobre esta doble desconfianza tanto hacia las jurisdicciones nacionales como hacia el Tribunal de Estrasburgo escribe el profesor Jacqué: “Cette attitude de la Cour de justice donne malheureusement l’impression d’une institution qui ne fait pas confiance aux disciplines internes de l’Union et cherche à en obtenir la protection dans un accord conclu par l’Union alors que normalement le respect de ces règles devrait être assuré par les institutions de l’Union sans qu’il soit besoin de recourir à une protection externe. Elle dit également beaucoup quant au faible crédit accordé à Strasbourg pour prendre en compte les particularités du système juridictionnel de l’Union ainsi qu’à un manque de confiance dans l’aptitude des juridictions suprêmes nationales à se soumettre pleinement aux obligations des traités. La méfiance à l’égard de Strasbourg s’ajoute à la méfiance à l’égard des juridictions suprêmes nationales.” JACQUÉ, J.P. “Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?” *Réseau universitaire européen, Droit de l’espace de liberté, sécurité et justice*, 23 de diciembre de 2014, disponible en [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu) p.5.

<sup>1038</sup> Concretamente, son cinco jueces del TEDH los que deben decidir sobre la admisibilidad, tal y como establece el artículo 2.1 del Protocolo 16: “A panel of five judges of the Grand Chamber shall decide whether to accept the request for an advisory opinion, having regard to Article 1. The panel shall give reasons for any refusal to accept the request”

evidente el temido *fórum shopping*<sup>1039</sup>. En este sentido, no conviene olvidar la deferencia que siempre ha mostrado el TEDH hacia la autonomía del Derecho de la Unión y nunca ha manifestado tener interés alguno en actuar en contra de ésta<sup>1040</sup>.

### 3.4.3. Dos opciones: restricción del alcance del Protocolo n° 16 o solución interna a la luz del Derecho de la Unión

Aun tratándose de una posibilidad marginal, la eventualidad de que un tribunal superior nacional plantee una opinión consultiva a Estrasburgo en un asunto determinado por el Derecho de la Unión sin recurrir previamente a Luxemburgo subsiste. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el propio ordenamiento jurídico de la Unión impone a las jurisdicciones superiores la obligación de someter la cuestión al TJUE<sup>1041</sup>. Por tanto, en el caso de que se encuentren ante un asunto de interpretación o de validez que no se haya dilucidado ya ante el Tribunal de Luxemburgo, están obligadas por los propios Tratados a iniciar un procedimiento de remisión prejudicial<sup>1042</sup>. El Protocolo n° 16 no exime a los

---

<sup>1039</sup> CALLEWAERT, J. “Protocol 16 and the Autonomy of EU law...” *op. cit.* p.3.

<sup>1040</sup> Véase el Capítulo II del presente trabajo donde analizamos la situación de incompetencia *ratione personae* del Tribunal de Estrasburgo, y particularmente, la doctrina de la presunción de protección equivalente en los casos *M & Co* y *Bosphorus*. Asimismo, recuérdese las sentencias del TEDH de 8 de abril de 2014, *Dhahbi c. Italia*, n° de solicitud 17120/09 y de 21 de julio de 2011, *Schipani c. Italia*, n° de solicitud 38369/09, donde Estrasburgo se erigió como defensor de la primacía del Derecho de la UE y del procedimiento de remisión prejudicial sobre las jurisdicciones nacionales. En efecto, el TEDH consideró que la falta de motivación por parte de un tribunal nacional superior al rechazar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo conculcaba el Convenio.

<sup>1041</sup> Véase el artículo 267.3 del TFUE: “Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.” (énfasis añadido). Esta disposición tiene una excepción: la doctrina del “*acte clair*”, establecida por el Tribunal de Luxemburgo en la emblemática sentencia *CILFIT*, en virtud de la cual las jurisdicciones nacionales superiores no están obligadas a elevar una cuestión prejudicial cuando “la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”

(Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 21).

<sup>1042</sup> El problema del conflicto entre las distintas vías de remisión prejudicial se planteó en la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363. En este caso, el juez nacional se veía confrontado ante dos obligaciones: la de plantear un procedimiento incidental de control de constitucionalidad (que según la legislación francesa tenía prioridad) y la de elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión. El TJUE fue determinante en cuanto a la obligatoriedad de plantear la cuestión prejudicial, aun existiendo legislación nacional que diera prioridad al control de constitucionalidad: “un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho comunitario, y considera que una disposición nacional no sólo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante

Estados miembros de sus obligaciones frente al Derecho de la Unión<sup>1043</sup> y si las jurisdicciones nacionales no plantean una cuestión prejudicial cuando deben hacerlo, el Estado miembro puede verse sometido a un procedimiento de infracción y a una condena por parte del TJUE<sup>1044</sup>.

En el ámbito doctrinal, esta objeción planteada por el Tribunal en el Dictamen 2/13 ha dado lugar a una división entre aquellos autores que consideran que deben imponerse restricciones sobre el Protocolo nº 16 y aquellos que sostienen se trata de un asunto de Derecho de la Unión que debería resolverse de forma interna. En la primera línea de pensamiento se situarían autores como Stian Øby Johansen, que ha llegado a proponer que los Estados miembros no pueden adherirse al Protocolo nº 16, para evitar poner en peligro la autonomía del Derecho de la Unión<sup>1045</sup>. Es más, Johansen sugiere que los

---

el juez constitucional. En efecto, la eficacia del Derecho de la Unión se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el Derecho de la Unión, ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho (...). Véase sobre esta sentencia: SARMIENTO, D. “Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia *Melki* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 37, 2011; BOSSUYT, M., y VERRIJDT, W., “The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the *Melki* Judgment”, *European Constitutional Law Review*, núm. 7, págs. 355-391, 2011. Véase, sobre esta problemática, en general: CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGES, J.L. “La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, págs. 173-194, 2015. Sobre la relación de la sentencia *Melki* y el Dictamen 2/13 cobran interés las palabras de Miguel Azpitarte: “cuando en el apartado 199 se exige algún tipo de articulación ante la posibilidad abierta por el reciente protocolo 16, que permite a un órgano jurisdiccional nacional solicitar una opinión consultiva al TEDH, es imposible no escuchar los ecos de *Melki* ante la muy similar dificultad que plantea la obligación de presentar una cuestión de inconstitucionalidad antes que la prejudicial”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.261.

<sup>1043</sup> Como acertadamente señalan De Witte e Imamovic: “Protocol 16 certainly does not exempt national supreme courts from any duties they may have under EU law, such as the duty to refer questions of interpretation or validity of EU law to the CJEU. If they fail to comply with these duties under art.267 TFEU, those national courts would simply breach their obligations under EU law, and invoking Protocol 16 would not be a valid excuse, neither under EU law nor under international law”, DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.696.

<sup>1044</sup> Como ya sucedió en las emblemáticas sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler c. Austria*, C-224/01 ECLI:EU:C:2003:513 y de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391 y más recientemente, en la sentencia de 9 de septiembre de 2015, C-160/14, *Ferreira da Silva*, ECLI:EU:C:2015:565,

<sup>1045</sup> JOHANSEN, “Some thoughts on the ECJ hearing...” (Part 2) *op. cit.*: “(...) in its judgment concerning the compatibility of the DAA with the constituent treaties, the ECJ should be able to conclude — either in the operative paragraph, in its dicta, or obiter dictum — that the EU member states have an obligation not to accede to Protocol 16. Such an obligation could, in my humble opinion, be based on the duty of sincere cooperation under TEU article 4(3). This would merely mean finding that the EU member states have a duty to refrain from entering into an international agreement that could endanger the autonomy of the Union’s legal order. Those EU member states that have already signed Protocol 16 would then have to withdraw their signatures”

Estados que ya hayan firmado el Protocolo retiren su rúbrica<sup>1046</sup>. En la misma línea restrictiva, aunque sin llegar al extremo de la prohibición, Halberstam propone una declaración vinculante tanto por parte de la Unión Europea como de sus Estados miembros que permita al TEDH rechazar emitir la opinión consultiva cuando alguno de aquellos la solicite sobre una materia que entre dentro de la competencia del TJUE<sup>1047</sup>.

En la postura contraria se encuentra Johan Callewaert, que sostiene que la propuesta de Johansen es absolutamente desproporcionada e injustificada, ya que no parece tener en cuenta que hay situaciones en los Estados miembros no determinadas por el Derecho de la Unión<sup>1048</sup>. Callewaert considera que lo que se necesita no es una prohibición general sobre el uso del Protocolo nº16 sino una cooperación leal entre los dos tribunales supranacionales europeos. Además señala que estas restricciones representarían una amenaza mucho mayor para el desarrollo del sistema del Convenio de lo que el Protocolo puede serlo para la autonomía del Derecho de la Unión<sup>1049</sup>. Ricardo Alonso afirma que el problema no reside en el Protocolo nº 16, sino que debe ser resuelto en el ámbito de la Unión: “Si acaso y como mucho, correspondería unilateralmente a la Unión, al margen de cualquier Acuerdo de Adhesión al CEDH, reforzar las obligaciones que derivan del artículo 267 TFUE”<sup>1050</sup>. De la misma forma, el profesor Jacqué señala que se trata de una cuestión meramente interna y que el Tribunal podría haberse limitado a recordar la regla del artículo 267.3 TFUE sin exigir la inserción de una disposición específica en el proyecto de acuerdo<sup>1051</sup>. De Witte e Imamovic también consideran que es un problema puramente interno de la Unión – más concretamente de desconfianza del TJUE hacia los tribunales nacionales de los Estados miembros – que no puede ni debe trasladarse al acuerdo de adhesión, ya que es un problema absolutamente ajeno a éste<sup>1052</sup>. Por último,

---

<sup>1046</sup> En el momento de entrega del presente trabajo, 10 Estados miembros de la Unión Europea habían firmado el Protocolo nº 16: Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia y Eslovenia. Tan sólo lo han ratificado Finlandia y Eslovenia. Puede verse el estado de firmas y de ratificaciones del citado Protocolo en: [http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p\\_auth=0nrmJ6WL](http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=0nrmJ6WL) (último acceso: 3 de mayo de 2017).

<sup>1047</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid!...” *op. cit.* p.123.

<sup>1048</sup> CALLEWAERT, J. “Protocol 16 and the Autonomy of EU law...” *op. cit.* p.2.

<sup>1049</sup> CALLEWAERT, J. “Protocol 16 and the Autonomy of EU law...” *op. cit.* p.5.

<sup>1050</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.13.

<sup>1051</sup> JACQUÉ, J.P. “Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?...” *op. cit.* p. 4.

<sup>1052</sup> Interesa destacar sus palabras: “So what we can observe in this passage of Opinion 2/13 is an expression of distrust towards the loyalty of national supreme courts to their EU law mandate; but, if there is a problem with the loyalty of national supreme courts, it is a problem internal to the Union, and not a problem caused by the Accession Agreement. Indeed, the Accession Agreement contains no reference to Protocol 16, and the problems that might arise from the future coexistence of that Protocol with art.267 TFEU would neither be caused nor increased, objectively speaking, by the accession of the EU to the ECHR. One could therefore hardly have expected the negotiators of the Agreement to pay attention to an issue that was unconnected to

conviene destacar que la Abogada General Kokott coincide con esta línea doctrinal en sus conclusiones: “Para solucionar el problema mencionado basta con remitirse al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, que impone a los tribunales que resuelven en última instancia en los Estados miembros la obligación de remisión prejudicial a nuestro Tribunal de Justicia. El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, prevalece sobre el Derecho interno, y por tanto sobre los acuerdos internacionales que, como el Protocolo nº 16 del CEDH, pudieran haber ratificado ciertos Estados miembros. Ello supone que, cuando conozcan de un litigio comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y que afecte a los derechos fundamentales, los tribunales que resuelven en última instancia en los Estados miembros deberán dirigirse en primer lugar a nuestro Tribunal de Justicia, y cumplir también con carácter prioritario las resoluciones de éste”<sup>1053</sup>.

Lo cierto es que el temor del TJUE en cuanto a que el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE pueda ser sorteado por la utilización del mecanismo de consulta del Protocolo nº 16 no es consecuencia directa de la adhesión. De esta forma, si el cometido del Tribunal al emitir el Dictamen, en virtud del artículo 218.11 TFUE, es pronunciarse sobre la compatibilidad del proyecto de adhesión con el Derecho de la Unión, consideramos que este problema es ajeno al mismo y no entraría dentro de su ámbito material. Por tanto, al igual que sucedía con la objeción respecto a la falta de coordinación entre los artículos 53, podemos concluir que no debería trasladarse al sistema del Convenio un asunto que es exclusivamente interno del Derecho de la Unión.

---

the instrument they were drafting” DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p. 696-697.

<sup>1053</sup> Conclusiones de la Abogada General Kokott al Dictamen 2/13, apartado 141.



## CAPÍTULO IV: LOS PROBLEMAS REFERENTES A LA EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE LA UNIÓN

### 4.1. Marco conceptual: la exclusividad de la jurisdicción del TJUE

Tras el primer bloque de objeciones agrupadas bajo la rúbrica de “Sobre las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión”, el Tribunal identifica más problemas en el proyecto de acuerdo bajo los siguientes títulos: “sobre el artículo 344 TFUE”, “sobre el mecanismo del codemandado”, “sobre el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia” y “sobre las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC”. Estas cuatro categorías tienen un denominador común: el Tribunal percibe el peligro que entrañan ciertos elementos del proyecto de acuerdo sobre su propia jurisdicción (o la falta de ella, en el caso de la PESC) para interpretar y aplicar el Derecho de la Unión<sup>1054</sup>. Por esta razón, estos grupos de objeciones serán estudiados en un mismo capítulo. Conviene advertir que estos conflictos jurídicos no están en absoluto desligados del capítulo anterior relativo a las “características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión”. No existe una línea nítida de división entre este grupo de objeciones y las anteriores. Por el contrario, el Tribunal continúa haciendo referencia al riesgo que éstas suponen tanto para la autonomía<sup>1055</sup> como para las características específicas del Derecho de la Unión<sup>1056</sup>. Asimismo, la objeción relativa al Protocolo nº16 anteriormente estudiada también afecta a la jurisdicción exclusiva de la Unión, pero el Tribunal decide englobarla en aquellas que afectan a la “autonomía y las características específicas del Derecho de la Unión”.

Lo que en un principio parece deberse a la incoherencia del Tribunal puede tener su explicación en el hecho de que la exclusividad jurisdiccional del TJUE está estrechamente vinculada con la autonomía del Derecho de la Unión<sup>1057</sup>. Más concretamente, la

---

<sup>1054</sup> Steve Peers las denomina objeciones “procedimentales”, en contraposición a las estudiadas en el Capítulo III que serían objeciones “sustantivas” - con la excepción de la relativa al Protocolo nº 16 que también la considera “procedimental” -. PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare”, *German Law Journal* Vol. 16 No. 01 2015, p.219.

<sup>1055</sup> Véanse, por ejemplo, los apartados 201 y 234 del Dictamen 2/13.

<sup>1056</sup> Véanse los apartados 217, 235 y 248 del Dictamen 2/13.

<sup>1057</sup> Paul Gragl afirma que se trata de “dos principios axiomáticos estrechamente entrelazados”, GRAGL, P. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, op. cit. p.45;

jurisdicción exclusiva del Tribunal es una manifestación de la autonomía<sup>1058</sup>. Como señala Dubout, un ordenamiento jurídico autónomo no existiría si no fuera gracias a la presencia de un intérprete último encargado de dotar de coherencia y unidad al conjunto de las normas jurídicas que lo integran<sup>1059</sup>. El Abogado General Poiares Maduro realiza una aportación fundamental sobre la relación entre jurisdicción exclusiva del Tribunal y autonomía del Derecho de la Unión, en las conclusiones del emblemático caso *Comisión contra Irlanda (Mox Plant)*, que adquiere un papel protagonista en este capítulo: “La competencia exclusiva del Tribunal de Justicia sobre los litigios entre Estados miembros relativos al Derecho comunitario *es una forma de preservar la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario*. Sirve para garantizar que los Estados miembros no contraigan obligaciones legales de Derecho internacional público que puedan entrar en conflicto con sus obligaciones de Derecho comunitario”<sup>1060</sup>. Bruno De Witte va más allá afirmando que, si bien el objetivo de Luxemburgo de proteger su jurisdicción exclusiva es aparentemente un medio para preservar la autonomía de la Unión, en realidad es al contrario: el concepto de autonomía se introduce como un escudo retórico para proteger la jurisdicción exclusiva del Tribunal<sup>1061</sup>. Tanto es así que el TJUE ha establecido que esta exclusividad de jurisdicción “forma parte de las propias bases de la Comunidad”<sup>1062</sup>.

---

Miguel Azpitarte habla del “vínculo inescindible entre autonomía y la condición del Tribunal de Justicia como exclusivo responsable de la «garantía del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados», AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013, pp.37-74, p.39.

<sup>1058</sup> EECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.193; ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.5.

<sup>1059</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.78.

<sup>1060</sup> Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro, presentadas el 18 de enero de 2006, en el caso C-459/03 *Comisión contra Irlanda*, apartado 10, énfasis añadido.

<sup>1061</sup> DE WITTE, B.: “European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?...” *op. cit.* p.150.

<sup>1062</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461. apartado 282.

## 4.2. Las demandas interestatales: el conflicto con el artículo 344 TFUE

### 4.2.1. La colisión del artículo 33 del Convenio con el artículo 344 TFUE

A lo largo de 14 apartados del Dictamen<sup>1063</sup>, el Tribunal muestra su inquietud por la posible afectación del proyecto de acuerdo al artículo 344 TFUE. Esta disposición establece: “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”. Según el Tribunal<sup>1064</sup>, la obligación plasmada en el artículo 344 TFUE debe ser interpretada como una manifestación específica del principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados miembros, recogido en el artículo 4.3 TUE<sup>1065</sup>. Se deduce la trascendencia que el artículo 344 TFUE tiene para el Derecho de la Unión del hecho de que el Protocolo n° 8<sup>1066</sup> consta tan sólo de tres disposiciones y una de ellas, el artículo 3, se encarga exclusivamente de su salvaguardia: “Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 344”<sup>1067</sup>.

Los negociadores del proyecto de acuerdo, conscientes de la importancia de esta disposición y del mandato introducido por el Protocolo n° 8, introdujeron una cláusula interpretativa en el artículo 5 del acuerdo a cuyo tenor “los procedimientos ante el Tribunal de Justicia no deberán considerarse (...) modos de solución de controversias en

---

<sup>1063</sup> Apartados 201 a 214 del Dictamen 2/13.

<sup>1064</sup> Apartado 202 del Dictamen 2/13.

<sup>1065</sup> Artículo 4.3 TUE:

“Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.”

Asimismo, interesa señalar las palabras del Abogado General Poiares Maduro sobre el entonces artículo 292 TCE, equivalente al actual artículo 344 TFUE: “Fundamentalmente, el artículo 292 CE y el artículo 193 EA expresan el deber de lealtad para con el sistema judicial establecido por los Tratados comunitarios. Los Estados miembros han acordado resolver sus diferencias por las vías previstas en los Tratados; deben abstenerse de someter sus controversias relacionadas con dichos Tratados a otros sistemas de solución de conflictos”, Conclusiones del Abogado General M. Poiares Maduro, presentadas el 18 de enero de 2006, en el caso C-459/03 *Comisión contra Irlanda*, apartado 10.

<sup>1066</sup> Protocolo (n° 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>1067</sup> Conviene señalar que el acuerdo mencionado en el artículo 1 es el proyecto de acuerdo de adhesión.

el sentido del artículo 55 (del CEDH)”. Esta norma del Convenio establece la renuncia de las Partes a otros modos de solución de controversias en lo referente a diferencias surgidas de la interpretación o aplicación del CEDH<sup>1068</sup>. Así, en virtud de ese artículo 5, los redactores del acuerdo salvaban la posible colisión entre el artículo 344 TFUE y el artículo 55 del Convenio.

No obstante, según el Tribunal, ese artículo 5 no impediría la colisión con el artículo 33 del CEDH<sup>1069</sup> relativo a los asuntos interestatales, es decir, la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros inicien una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo por una supuesta violación del Convenio por un Estado miembro o por la Unión<sup>1070</sup>. Si bien los recursos interestatales son escasísimos en la práctica tanto ante el TJUE como ante el TEDH<sup>1071</sup>, para Luxemburgo se trata de una cuestión de principio<sup>1072</sup>. Según el Tribunal, la mera posibilidad de que un Estado miembro pueda someter una controversia frente a otro Estado de la Unión ante el Tribunal de Estrasburgo vulnera el artículo 344 TFUE<sup>1073</sup>. No sólo frustraría el objetivo de esta disposición, sino que, en palabras del TJUE, también sería contrario a “la propia naturaleza del Derecho de la Unión”, ya que éste “impone que las relaciones entre los Estados miembros se rijan por ese Derecho, *con exclusión*, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho”<sup>1074</sup>.

La preocupación del Tribunal no es infundada. Es cierto que, como consecuencia de la adhesión, el Convenio pasaría a formar parte integrante del Derecho de la Unión<sup>1075</sup>. Por tanto, las disputas entre Estados miembros o entre estos y la Unión sobre su respeto del

---

<sup>1068</sup> Artículo 55 del Convenio. Renuncia a otros modos de solución de controversias.

“Las Altas Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a prevalerse de los tratados, convenios o declaraciones que existan entre ellas, a fin de someter, por vía de demanda, una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación del presente Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en el presente Convenio”.

<sup>1069</sup> Artículo 33 del Convenio. Asuntos interestatales.

“Toda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante.”

<sup>1070</sup> Apartados 205 a 207 del Dictamen 2/13.

<sup>1071</sup> Puede verse una relación de las demandas interestatales interpuestas ante el TEDH –y con anterioridad ante la Comisión Europea de Derechos Humanos– en: [http://echr.coe.int/Documents/InterStates\\_applications\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf) (último acceso: 6 de mayo de 2017). En la fecha de presentación de este trabajo, se han interpuesto diecisiete demandas interestatales y el TEDH ha dictado sentencia en cuatro casos.

<sup>1072</sup> JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.28.

<sup>1073</sup> Dictamen 2/13, apartado 208: “La existencia misma de esta posibilidad vulnera la exigencia enunciada en el artículo 344 TFUE”

<sup>1074</sup> Apartado 212, Dictamen 2/13. Énfasis añadido. Aquí el Tribunal reitera lo que ya expresó en el apartado 193 respecto al peligro de vulneración de confianza mutua.

<sup>1075</sup> Como reconoce el Tribunal en los apartados 180 y 204 del Dictamen 2/13.

Convenio – en un ámbito regulado por el Derecho de la UE – deberían estar sometidas a la jurisdicción del Tribunal, de conformidad con el artículo 344 TFUE. Sin embargo, el hecho de que esta exclusividad colisione con la posibilidad de que los Estados miembros acudan al TEDH no es un problema del sistema del Convenio sino una cuestión interna del ordenamiento jurídico de la Unión.

La Abogada General Kokott también se hace eco en sus conclusiones de un potencial conflicto entre el acuerdo de adhesión y el artículo 344 TFUE<sup>1076</sup>. Pero, al contrario que el Tribunal, Kokott considera: “el Proyecto de Acuerdo no presenta ninguna dificultad jurídica en lo que atañe al artículo 344 TFUE en relación con el artículo 3 del Protocolo n° 8”<sup>1077</sup>. Aun así, la Abogada General propone una garantía adicional para afianzar el efecto útil del artículo 344 TFUE: que el Tribunal supedite la compatibilidad del acuerdo con los Tratados a una declaración de la Unión y sus Estados miembros que se debería presentar en el momento de la adhesión. En dicho documento, la Unión y los Estados miembros tendrían que manifestar a su intención de no recurrir entre ellos a procedimientos por posibles incumplimientos en el sentido del artículo 33 del Convenio ante el Tribunal de Estrasburgo cuando el objeto del litigio corresponda al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión<sup>1078</sup>. Esta declaración vincularía a los Estados miembros en el plano del Derecho Internacional<sup>1079</sup>. Conviene señalar que esta misma propuesta también la realizó el Parlamento Europeo en mayo de 2010: “...en el momento de su adhesión al CEDH, los Estados miembros *deberían comprometerse*, tanto entre ellos como en sus relaciones con la Unión, *a no recurrir a una demanda entre Estados por incumplimiento en el sentido del artículo 33 del CEDH* cuando el acto u omisión objeto del litigio corresponda al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, puesto que ello

---

<sup>1076</sup> Véanse los apartados 107 a 120 del Dictamen 2/13.

<sup>1077</sup> Apartado 119, conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1078</sup> Apartado 120, Conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1079</sup> El profesor González Vega sostiene que tal Declaración sería en puridad una reserva al Convenio, GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.35. Una reserva sobre la falta de competencia del TEDH sobre asuntos interestatales que afecten al Derecho de la Unión no sería conforme con el Convenio, puesto que éste prohíbe las reservas de carácter general en su artículo 57.1: “1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. *Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.*” (Énfasis añadido). El propio TEDH explicó qué debía entenderse por reserva de carácter general en su sentencia de 29 de abril de 1988 en el asunto *Belilos contra Suiza* n° de solicitud 10328/83. Se trataría de una reserva redactada en términos demasiado vagos o amplios para que no podamos apreciar ni el sentido ni el campo de aplicación exactos (párrafo 55). Además, el Tribunal de Estrasburgo estableció en el párrafo 60 de esta sentencia que la reserva de este tipo es inválida, mientras que la ratificación del Convenio y su consecuente fuerza vinculante para la Parte se mantienen intactas.

sería contrario a lo dispuesto en el artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”<sup>1080</sup>.

El Tribunal de Luxemburgo no parece conforme con la propuesta de la Abogada General, y estima que la única forma de salvar la incompatibilidad del acuerdo previsto con el artículo 344 TFUE es “una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión”<sup>1081</sup>. Lo que pretende el TJUE es una garantía “externa” en el acuerdo de adhesión de una cuestión que ya es una obligación de los Estados miembros bajo el Derecho de la Unión. A juicio de Martín y Pérez de Nanclares, esta petición del Tribunal “supone sobrepasar una nueva línea roja del CEDH”<sup>1082</sup>. Asimismo, esta propuesta indica una falta de confianza de Luxemburgo en los mecanismos existentes para corregir o penalizar una posible vulneración del Derecho de la Unión<sup>1083</sup>. En efecto, si un Estado miembro violara el artículo 344 TFUE, la Comisión podría iniciar un procedimiento de infracción, como ya hizo contra Irlanda en el caso *MOX Plant*, que estudiaremos a continuación.

#### **4.2.2. La relación entre esta objeción y el caso *Comisión contra Irlanda (MOX Plant)***

El artículo 344 TFUE ha sido mencionado en varias ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal referente a la exclusividad de su jurisdicción<sup>1084</sup>, pero raramente ha sido estudiado en profundidad. Dos son los casos excepcionales donde el Tribunal se ha

---

<sup>1080</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI), epígrafe 8, énfasis añadido.

<sup>1081</sup> Apartado 213, Dictamen 2/13.

<sup>1082</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.856. En el mismo sentido, véanse las palabras de Paul Gragl: “An outright exclusion of any inter-party disputes, as demanded by the CJEU, however, would be unacceptable, because there is no reason why the Union should be treated favourably in this respect. Not only would non-EU Member States object to such preferential treatment, but it would also run counter to the collective guarantee of human rights protection and hence to the entire object and purpose of the Convention”, GRAGL, P. The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.11.

<sup>1083</sup> DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.700. Sobre esta desconfianza, léase también a Kuipjer: “Constitutional and international law are not for the faint-hearted, but the Court seems unwilling to live with any risk. It has no faith in its own case law and the fact that a case like *MOX-plant* has become part of the constitutional landscape of the Union. One may after all expect that no Member State (...) would consciously go against that case. The Court must also trust that the Commission, confronted to any such tendency in a Member State, would start an accelerated infringement procedure, demanding provisional measures against the Member State in question, if necessary” KUIJPER, P.J. “Reaction to Leonard Besselink’s...” *op. cit.* p. 1.

<sup>1084</sup> Véase el Dictamen 1/91, párrafo 85 y el Dictamen 1/09, párrafo 63.

detenido a interpretar esta disposición: *Comisión contra Irlanda (MOX Plant)*<sup>1085</sup> y el Dictamen 2/13.

El primer caso versa sobre la disputa entre Irlanda y Reino Unido por los residuos radioactivos de la planta nuclear MOX, situada en Sellafield (Reino Unido), localidad de la costa inglesa del mar de Irlanda. Este Estado consideraba que los residuos de la planta MOX contaminaban las aguas del mar citado y consecuentemente, suponía una violación de los estándares medioambientales establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar<sup>1086</sup>. Irlanda decidió acudir ante el Tribunal internacional del Derecho del Mar, establecido por aquel Convenio. La Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra Irlanda, puesto que estimaba que había vulnerado el artículo 292 TCE – el equivalente al actual artículo 344 TFUE –, al no respetar la prohibición de acudir a una jurisdicción distinta para solucionar una controversia relativa a los Tratados. En efecto, Irlanda había ignorado que el asunto afectaba al Derecho Comunitario, dado que la Comunidad Europea era Parte del Convenio<sup>1087</sup>, al igual que los Estados miembros. Se trataba, por tanto, de un acuerdo mixto. El TJUE decidió que Irlanda había violado el principio de cooperación leal entre Estados - establecido entonces en el artículo 10 TCE – y el respeto a la jurisdicción exclusiva del Tribunal, recogido en

---

<sup>1085</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, Comisión c. Irlanda (“Mox Plant”), C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345. Sobre esta sentencia véase CARREÑO GUALDE, V. “TJCE - Sentencia de 30.05.2006, Comisión/Irlanda, C-459/03, MOX - La Competencia exclusiva del TJCE y la Parte XII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2007 pp.185-202; CASOLARI, F. “La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale” *Il diritto dell' Unione Europea* 2007 pp.327-367; DELGADO CASTELEIRO, A. *The International Responsibility of the European Union From Competence to Normative Control*, Cambridge University Press, 2016, p.139 y ss; KERBRAT, J., MADDALON, P. “Affaire de l'Usine MOX: la CJCE rejette l'arbitrage pour le règlement des différends entre Etats membres” *Revue trimestrielle de droit européen* 2007 pp.165-182; LAVRANOS, N. “Freedom of member states to bring disputes before another court or tribunal: Ireland condemned for bringing the MOX plant dispute before an arbitral tribunal. Grand Chamber decision of 30 May 2006, Case C-459/03, Commission v. Ireland” *European Constitutional Law Review* 2006 Vol.2 pp.456-469; SEMELMANN, C. “Forum shopping between UNCLOS arbitration and EC adjudication - And the winner ... should be ... the ECJ!” *European Law Reporter* 2006 pp.234-241.

<sup>1086</sup> Tratado internacional abierto a la firma por parte de los Estados el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay (Jamaica), en la 182ª sesión plenaria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. Disponible en: [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/convemar\\_es.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf) (último acceso: 8 de enero de 2017). Además, Irlanda afirmaba que Reino Unido había infringido su deber de información relativo a la actividad de la planta MOX, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio OSPAR sobre la protección del medio ambiente marino del Atlántico Nordeste (suscrito en París el 22 de septiembre de 1992 y entró en vigor en 1998). Llevó el caso ante el Tribunal arbitral OSPAR pero éste desestimó el caso.

<sup>1087</sup> Decisión 98/392/CE del Consejo de 23 de marzo de 1998 relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención.

el artículo 292 TCE<sup>1088</sup>.

Son varios los autores que apuntan a una contradicción entre los enfoques adoptados por la Alta Jurisdicción de Luxemburgo en el caso *Mox Plant* y en el Dictamen 2/13<sup>1089</sup>. El propio Tribunal hace referencia a aquel caso en el apartado 205 del Dictamen: “Contrariamente al convenio internacional de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Irlanda (...) que preveía expresamente que el régimen de solución de controversias propio del Derecho de la Unión prevalece, en principio, sobre el establecido por dicho convenio, el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 33 del CEDH puede aplicarse a cualquier Parte Contratante y, por lo tanto, también a los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, aun cuando se cuestione el Derecho de la Unión”. Según Ricardo Alonso, no habría tal diferencia entre el artículo 282 del Convenio de Derecho del Mar<sup>1090</sup> y el artículo 33 del CEDH, puesto que ambos permitirían a la Unión y a sus Estados miembros desplazar la competencia exclusiva del TJUE cuando quisieran<sup>1091</sup>. No obstante, mientras que el Tribunal no opuso ninguna objeción a esa mera posibilidad en el caso de la Convención de Naciones Unidas, sí estableció, en cambio, que es contraria al artículo 344 TFUE en el Dictamen 2/13. Por tanto, el Tribunal “reinterpreta” esta disposición, construyendo un enfoque mucho más estricto en el sentido de que los Estados miembros no deben tener ni la mera posibilidad

---

<sup>1088</sup> Esta sentencia ha sido muy criticada por diversos internacionalistas por su acérrima defensa de la autonomía del Derecho de la Unión, por encima de cualquier consideración hacia el Derecho Internacional Público. Véase, por ejemplo: KLABBERS, J. *Treaty Conflict and the European Union*, Cambridge University Press, 2009, p. 148: “the Court’s attitude is worrisome: it does aspire to build a fence around EU law, thus running the risk of placing the EU outside international law”; PROST, M. *The Concept of Unity in Public International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 42-43: “(the judgment) artificially ‘communitarises’ whole portions of the law of the sea and asserts, in absolute terms, the autonomy and superiority of the Community system over the universal regime of the UN.”

<sup>1089</sup> Véase ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.15: “sorprende ante todo que tal aproximación del TJUE a los límites que derivan del artículo 344 TFUE, la cual supone una importante rectificación de su propia doctrina sentada en 2006 por la Gran Sala en relación con el -por aquel entonces- artículo 292 TCE, se nos presente como una aproximación coherente con dicha doctrina, exenta de la más mínima contradicción, y por tanto, rectificación” (énfasis añadido); JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13...” *op. cit.*, p.170: “the reasoning and conclusion concerning TFEU Article 344 in *Opinion 2/13* is clearly at odds with this earlier case law, notably the leading *MOX Plant* case”.

<sup>1090</sup> Artículo 282

Obligaciones resultantes de acuerdos generales, regionales o bilaterales

“Cuando los Estados Partes que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de esta Convención hayan convenido, en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral o de alguna otra manera, en que esa controversia se someta, a petición de cualquiera de las partes en ella, a un procedimiento conducente a una decisión obligatoria, dicho procedimiento se aplicará en lugar de los previstos en esta Parte, a menos que las partes en la controversia convengan en otra cosa.” (énfasis añadido)

<sup>1091</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.16.



teórica de infringir el artículo 344 TFUE<sup>1092</sup>. Según Johansen, el hecho de que el TJUE aprovechara la oportunidad para establecer límites más estrictos en el Dictamen 2/13 puede deberse a un intento del Tribunal de reafirmar su reivindicación como tribunal supremo de Europa<sup>1093</sup>.

Una consecuencia importantísima de la “reinterpretación” del artículo 344 TFUE respecto de su jurisprudencia anterior es que muchos acuerdos mixtos que hoy en día están en vigor no cumplirían las exigencias que el TJUE ha establecido en el Dictamen 2/13. Ya lo advirtió la Abogada General Kokott: “si se quisiera supeditar en el presente asunto la declaración de compatibilidad del Acuerdo de Adhesión con el Derecho originario de la Unión a una norma expresa que establezca la inadmisibilidad ante el TEDH de los asuntos interestatales y la primacía del artículo 344 TFUE, se estaría afirmando implícitamente que *muchos de los acuerdos internacionales celebrados hasta ahora por la Unión adolecen de un defecto por no incluir una cláusula de ese tipo*”<sup>1094</sup>. La Abogada General no precisa a qué acuerdos internacionales se refiere, pero Johansen considera que podrían encontrarse afectados, entre otros: el Convenio OSPAR<sup>1095</sup>, el Convenio de Aarhus<sup>1096</sup> o el Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales<sup>1097</sup>. El profesor Eeckhout sostiene que también podría afectar al Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio (“OMC”), ya que el artículo 23 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias<sup>1098</sup> se interpreta en el sentido de que establece la jurisdicción exclusiva de la OMC para resolver disputas sobre el Acuerdo<sup>1099</sup>. Dado que los Estados miembros de la Unión siguen siendo miembros de la OMC – a pesar de la competencia exclusiva de la UE para la política comercial común, de conformidad con el artículo 207 TFUE –, existiría

---

<sup>1092</sup> JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13...” *op. cit.* p.175.

<sup>1093</sup> JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13...” *op. cit.* p.176.

<sup>1094</sup> Apartado 117, conclusiones de la Abogada General Kokott, énfasis añadido.

<sup>1095</sup> Este Convenio establece el Tribunal arbitral OSPAR.

<sup>1096</sup> Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales, adoptado el 25 de junio de 1998 en la ciudad danesa de Aarhus, disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43s.pdf> (último acceso: 8 de enero de 2017). El artículo 16 prevé una cláusula de inclusión voluntaria para la resolución de controversias que da a las Partes la posibilidad de elegir entre la Corte Internacional de Justicia y el arbitraje.

<sup>1097</sup> Convenio sobre los efectos transfronterizos de los accidentes industriales<sup>1097</sup>, adoptado en Helsinki el 17 de marzo de 1992 y disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2006/teia/Convention%20E%20no%20annex%20I.pdf> (último acceso: 8 de enero de 2017). El artículo 21 prevé una cláusula de inclusión voluntaria para la resolución de controversias que da a las Partes la posibilidad de elegir entre la Corte Internacional de Justicia y el arbitraje.

<sup>1098</sup> Véase más información en el sitio web de la Organización Mundial del Comercio: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_settlement\\_cbt\\_s/c1s2p1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c1s2p1_s.htm) (último acceso: 8 de enero de 2017)

<sup>1099</sup> EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.25.

también la posibilidad teórica de que una controversia entre Estados miembros o entre un Estado y la Unión se llevara ante la Organización Mundial del Comercio.

Eeckhout llega a preguntarse acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la pertenencia actual de los Estados miembros al Convenio, dada la vigencia entre ellos tanto del artículo 33 CEDH como del artículo 55 CEDH<sup>1100</sup>. En efecto, incluso en ausencia de la adhesión de la Unión al Convenio, los Estados miembros ya tienen la posibilidad de acudir ante la Alta Jurisdicción de Estrasburgo para solucionar una controversia entre ellos que afecte al Derecho de la Unión. Habría una diferencia fundamental entre la cuestión que plantea Eeckhout y una situación post-adhesión; hasta que ésta tenga lugar, el Convenio no está integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión - tal y como ha reiterado el TJUE en sucesivas ocasiones, incluso en el propio Dictamen 2/13<sup>1101</sup>-. Aun así, la situación hipotética que plantea este autor podría producirse; una controversia ante la jurisdicción de Estrasburgo entre Estados miembros relativa a una norma de la Unión en torno a la interpretación o aplicación de una norma del Convenio. Siguiendo la estricta interpretación que el TJUE hace del artículo 344 TFUE en el Dictamen 2/13, esta mera posibilidad de acudir al TEDH ya vulneraría aquella disposición. Además, esta nueva interpretación del artículo 344 TFUE también podría tener consecuencias sobre futuros acuerdos internacionales de los que forme parte la Unión y que prevean un mecanismo de solución de controversias ajeno al Tribunal<sup>1102</sup>.

#### **4.2.3. Posibles soluciones a este conflicto**

Nos preguntamos, por tanto, ¿cómo podría solucionarse esta objeción del Tribunal en un hipotético nuevo acuerdo de adhesión? La Abogada General Kokott proponía, siguiendo el modelo del artículo 282 de la Convención de sobre el Derecho del Mar anteriormente citado, la introducción de una norma en el acuerdo que fuera más allá del actual artículo

---

<sup>1100</sup> EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.23.

<sup>1101</sup> Véase el apartado 179, anteriormente citado.

<sup>1102</sup> En este sentido, cobran importancia las palabras de Johansen, que no se muestra tan preocupado por el impacto que esta reinterpretación puede tener para el proceso de adhesión de la Unión al Convenio como por las consecuencias que puede tener para acuerdos internacionales ya en vigor y para acuerdos futuros: “The reinterpretation of TFEU Article 344 in *Opinion 2/13* is not critical to the process of EU accession to the ECHR. However, it is of significance to future negotiations of mixed agreements, and of critical and potentially devastating importance for many mixed agreements the Union has already concluded. We can only speculate whether the CJEU will adjust its approach—and thus reveal that its apparent reinterpretation of TFEU Article 344 in *Opinion 2/13* was just a means to reach the Court’s ultimate goal of rejecting the Accession Agreement—or if it will confirm the change of course, forcing the Union and its member states to adapt”, JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13...” *op. cit.* p.178.

5 del Proyecto de Acuerdo y concediera primacía al artículo 344 TFUE sobre al artículo 33 del CEDH<sup>1103</sup>. Si, a pesar de la existencia de esa norma, se interpusieran asuntos entre Estados miembros sobre un asunto de Derecho de la Unión ante el TEDH, cabría entonces proponer una excepción de inadmisibilidad. Además, el Tribunal de Estrasburgo, antes de decidir, quedaría obligado a consultar al Tribunal de Luxemburgo sobre si el objeto del procedimiento constituye o no un litigio de Derecho de la Unión a efectos del artículo 344 TFUE<sup>1104</sup>. No obstante, a renglón seguido, la propia Abogada General reconoce que este tipo de regulación “no se corresponde con las prácticas corrientes de los acuerdos internacionales” y “no es estrictamente necesaria para garantizar el efecto útil del artículo 344 TFUE y, con ello, preservar el monopolio de nuestro Tribunal de Justicia en materia de resolución de conflictos”<sup>1105</sup>.

Al igual que sucedía con la objeción relativa al peligro para el principio de confianza mutua, varios autores se han hecho eco de la posibilidad de inserción de una cláusula de desconexión para solventar la cuestión del artículo 344 TFUE<sup>1106</sup>. Sin embargo, algunos expertos también señalan los problemas que este tipo de cláusulas entrañan<sup>1107</sup>. Como apunta Paul Gragl, este tipo de normas no están dirigidas a reconciliar el Derecho de la Unión con el sistema del Convenio, sino solamente a hacer que aquél prevalezca sobre éste<sup>1108</sup>. Además, como señala el profesor González Vega, una cláusula de desconexión constituye una enmienda a las disposiciones del Convenio, y por tanto, requiere del acuerdo de todas las Partes Contratantes en éste<sup>1109</sup>.

---

<sup>1103</sup> En una línea similar, Polakiewicz y Brieskova también proponen introducir una disposición en el acuerdo de adhesión: “The CJEU’s objections regarding Article 344 TFEU and the exclusivity of the EU adjudication of Member States disputes could probably be addressed by inserting a provision in the DAA expressly excluding ECtHR’s jurisdiction for disputes between member states, or between member states and the EU, regarding the application of the ECHR in the context of the EU law” POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *op. cit.* p.3.

<sup>1104</sup> La Abogada General Kokott hace esta propuesta en el apartado 115 de sus Conclusiones al Dictamen 2/13.

<sup>1105</sup> Apartado 116, Dictamen 2/13.

<sup>1106</sup> EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.24; GRAGL, P. “The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.12; JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13...” *op. cit.* p.178; KUIJPER, P.J. “Reaction to Leonard Besselink’s...” *op. cit.* p.2; LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.197.

<sup>1107</sup> Véase un exhaustivo y crítico análisis de la utilización de las cláusulas de desconexión por parte de la Unión Europea en numerosos Convenios aprobados en el contexto del Consejo de Europa en DE SCHUTTER, O. ‘The Two Europes of Human Rights. The Emerging Division of Tasks Between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe’ *op. cit.* particularmente pp.536 y ss.

<sup>1108</sup> EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.12.

<sup>1109</sup> GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.35.

Paul Gragl propone una solución que supondría un compromiso entre la posición del TJUE en el Dictamen y el respeto del sistema del Convenio: el acuerdo de los Estados miembros y de la Unión de utilizar siempre los recursos citados antes de acudir al artículo 33 TEDH<sup>1110</sup>. Sería ésta una propuesta similar a la que realizaba la Abogada General Kokott en el apartado 120 de sus conclusiones respecto a una posible declaración vinculante<sup>1111</sup>. La diferencia fundamental entre ambas es que la sugerencia de Paul Gragl seguiría permitiendo a los Estados acudir al artículo 33 del Convenio. Además, esta propuesta garantizaría el pronunciamiento previo del Tribunal en todas las disputas interestatales entre Estados miembros o entre estos y la Unión que afectaran al Derecho de la UE, así como el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 35. 1 del Convenio<sup>1112</sup>. En el caso de que los Estados miembros no acudieran primero a las vías judiciales internas del Derecho de la Unión, la Comisión Europea siempre podría iniciar un procedimiento de infracción, en virtud del artículo 259 TFUE, como ya hiciera en el caso *Mox Plant*.

A la luz de todas estas consideraciones, nos permitimos concluir que la solución a esta objeción reside en el propio Derecho de la Unión y es, por tanto, en esta instancia donde debería solucionarse. Como ocurría con las objeciones referentes al artículo 53 del Convenio y al Protocolo nº 16, no tiene sentido trasladar un problema interno de la Unión al sistema del Convenio, realizando exigencias insostenibles al acuerdo de adhesión<sup>1113</sup>.

---

<sup>1110</sup> GRAGL, P. “The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.12.

<sup>1111</sup> Apartado 120 de las conclusiones de la Abogada Kokott: “Si, con todo, el Tribunal de Justicia considerara necesario afianzar el efecto útil del artículo 344 TFUE más de lo que lo está actualmente en el Proyecto de Acuerdo, *podría supeditar la declaración de compatibilidad con los Tratados de la adhesión de la Unión al CEDH a una declaración de la Unión y sus Estados miembros que se debería presentar en el momento de dicha adhesión*. En dicha declaración, la Unión y los Estados miembros tendrían que manifestar a las demás partes contratantes del CEDH su intención, obligándose con ello en el plano del Derecho internacional, de no recurrir entre ellos ante el TEDH a procedimientos por posibles incumplimientos en el sentido del artículo 33 del CEDH siempre que el objeto del litigio corresponda al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión” (Énfasis añadido). Conviene señalar que el profesor Halberstam es partidario de la introducción de una declaración vinculante de este tipo: “With a unilateral binding Member State declaration, Strasbourg could dismiss such suits as violations of good faith. This would address the Court’s concerns while still allowing Strasbourg (in an extreme case) to hold the declaration inapplicable because the EU’s system of remedies had failed completely. Constitutionalism would be vindicated and pluralism preserved.” HALBERSTAM, D. “A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward)” *op. cit.* p.2.

<sup>1112</sup> Artículo 35.1. del Convenio: “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.”

<sup>1113</sup> En este sentido, véanse las palabras de De Witte and Imamovic: “Again, as for Protocol 16 and art.53 ECHR that we discussed above, it seems that the Court of Justice has chosen the wrong target by blaming the drafters of the Accession Agreement for not solving a perceived problem which is, in fact, internal to the EU legal order.”, DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.700. Cortés Martín es de la misma opinión: “(...) lo cual demuestra nuevamente que es un problema

De producirse ésta, cuando tuviera lugar una disputa entre Estados miembros o entre estos y la Unión que tuviera por objeto la interpretación o aplicación del Convenio, aquellos tendrían a su alcance varios mecanismos ya existentes: podrían iniciar un procedimiento de infracción (artículo 259 TFUE)<sup>1114</sup>, un recurso de anulación (artículo 263 TFUE)<sup>1115</sup> o un recurso por omisión (artículo 265. 1 TFUE)<sup>1116</sup>.

---

interno que no deberíamos exportar a terceros”, CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.20.

<sup>1114</sup> Artículo 259 TFUE:

“Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados.

Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, deberá someter el asunto a la Comisión.

La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio.

Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal.”

<sup>1115</sup> Artículo 263 TFUE:

2. “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión”

<sup>1116</sup> Artículo 265 TFUE:

“1. En caso de que, en violación de los Tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieran de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. El presente artículo se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse.”

### 4.3. La responsabilidad de la Unión y los Estados miembros ante el Tribunal de Estrasburgo: el mecanismo del codemandado

#### 4.3.1. El mecanismo del codemandado: concepto, génesis y regulación

La institución del codemandado es una de las piedras angulares de la integración de la Unión en el Convenio<sup>1117</sup>. Buena muestra de ello es que una parte importante de la literatura reciente relativa a la adhesión se ha dedicado al estudio de este mecanismo<sup>1118</sup>. Su trascendencia está estrechamente unida a la relevancia de las demandas individuales en el sistema del CEDH<sup>1119</sup>, en contraposición a las demandas interestatales – escasísimas, como veíamos en el anterior epígrafe – más propias del enfoque estatocéntrico westfaliano del Derecho Internacional. El hecho de que un ciudadano pudiese acudir directamente al Tribunal de Estrasburgo para denunciar una violación por parte de un Estado constituyó una auténtica revolución para la protección supranacional de los derechos humanos. En este sentido, si el objetivo último de la adhesión de la Unión al Convenio es el reforzamiento de la defensa de los derechos fundamentales en el

---

<sup>1117</sup> Según Johan Callewaert, constituye la fórmula más importante introducida por el acuerdo: “Indiscutablement l’aménagement le plus important du système de la Convention envisagé par le projet de traité d’adhésion”, CALLEWAERT, J. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention...” *op. cit.* p.8.

<sup>1118</sup> Véanse como ejemplos: CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión...” *op. cit.* p.19 y ss.; DELGADO CASTELEIRO, A. “United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court” in KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS, V. *The EU Accession to the ECHR* Hart Publishing, Oxford, 2014, pp.105-120; GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* pp. 138-174; JACQUÉ, J.P.: “The accession of the European Union...” *op. cit.* p. 1014 y ss.; LOCK, T.: “Accession of the EU to the ECHR: who would be responsible in Strasbourg?” en ASHIABOG, D., COUNTOURIS, N., LIANOS, I. (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012); LOCK, T.: “Walking on a tightrope...” *op. cit.* p.1038 y ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición...” *op. cit.* p.384; ODERMATT, J. “The European Union accession to the European Convention...” *op. cit.* p.27 y ss.; O’MEARA N., “A more secure Europe of rights?...” *op. cit.* p.1820 y ss; POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR...” *op. cit.* p. 11 y ss.

<sup>1119</sup> Las demandas individuales fueron introducidas por el Protocolo nº 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Este Protocolo eliminó la Comisión Europea de Derechos Humanos y estableció la posibilidad de que los demandantes interpusieran sus demandas directamente ante el TEDH. Actualmente, se encuentran reguladas en el artículo 34 del Convenio, que establece: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”. Según Paul Gragl, el procedimiento de demanda individual del artículo 34 CEDH es, sin lugar a dudas, el elemento más innovador que el Convenio ha introducido con el fin de actuar contra las violaciones de derechos humanos a escala regional. GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* p.138.

territorio europeo, deben proveerse los mecanismos posibles para que aquel objetivo se convierta en una realidad tangible.

Así, la razón de ser del mecanismo del codemandado se debe a la peculiar naturaleza del Derecho de la Unión<sup>1120</sup>, donde - salvo excepciones<sup>1121</sup>- las instituciones europeas adoptan la legislación pero parte de aquella es implementada por los Estados miembros<sup>1122</sup>. De esta forma, resulta extremadamente complicado para un ciudadano que se encuentre ante una posible violación del Convenio identificar a qué entidad debe demandar ante el Tribunal de Estrasburgo; ¿a la Unión Europea como legisladora o al Estado miembro como entidad que implementa esa normativa?<sup>1123</sup> La mayor parte de las veces, el ciudadano sólo tiene relación directa con la entidad estatal y lo lógico es que se dirigiera frente a ésta, pero, ¿qué sucedería en los casos en los que los Estados miembros no tienen margen de discreción y solamente se limitan a aplicar una normativa de la Unión? (como ocurría en los asuntos ya referidos *M & Co* y *Bosphorus*). Debido a que la responsabilidad entre la Unión y los Estados miembros está frecuentemente entrelazada, es vital el establecimiento de un mecanismo de identificación para el correcto

---

<sup>1120</sup> Como explica Andrés Delgado Castelleiro: “This legal device aims at alleviating the different tensions underpinning the accession of the EU, such as the different views on the division of competences, the autonomous nature of the EU legal order and the problems of legal certainty that the EU’s participation can entail”, DELGADO CASTELLEIRO, A. “United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court” *op. cit.* p.106.

<sup>1121</sup> Véase, por ejemplo, el Derecho de la Competencia, ámbito en el cual la Comisión Europea puede imponer sanciones directamente a las empresas.

<sup>1122</sup> El propio Proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión aporta las razones para la introducción del mecanismo del codemandado en los apartados 38 a 41. Cabe destacar el párrafo 38 donde explica: “This mechanism was considered necessary to accommodate the specific situation of the EU as a non-State entity with an autonomous legal system that is becoming a Party to the Convention alongside its own member States. It is a special feature of the EU legal system that acts adopted by its institutions may be implemented by its member States and, conversely, that provisions of the EU founding treaties agreed upon by its member States may be implemented by institutions, bodies, offices or agencies of the EU. With the accession of the EU, there could arise the unique situation in the Convention system in which a legal act is enacted by one High Contracting Party and implemented by another.”; También es muy ilustrativa la explicación que aporta Johan Callewaert: “Il est destiné à adapter la Convention à cette réalité aujourd’hui unique en Europe mais inconnue lors de la rédaction de la Convention : l’existence d’une organisation internationale *sui generis* génératrice d’un ordre juridique propre, lequel est à la fois autonome et intégré aux systèmes juridiques des États membres. Cette intégration se traduit notamment par une répartition des fonctions d’adoption et d’exécution du droit entre l’Union et ses États membres. Elle a pour conséquence qu’un État membre doit souvent appliquer une norme du droit de l’Union qu’il n’a pas lui-même créée, qu’il n’a pas non plus le pouvoir de modifier et qui ne lui laisse aucune latitude dans sa mise en oeuvre, si bien qu’en cas de violation de la Convention, c’est la norme elle-même qui devrait être modifiée”, CALLEWAERT, J. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention...” *op. cit.* p.8.

<sup>1123</sup> En este sentido, véase DOUGLAS SCOTT, S. “The European Union and Human Rights...” *op. cit.* p. 664; GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* pp. 141-143.; KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* pp. 170-171; LOCK, T. “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession...” *op. cit.* p.165.

funcionamiento de las demandas individuales ante Estrasburgo tras la adhesión<sup>1124</sup>. Como acertadamente señala Carmen Montesinos, dicho procedimiento no sólo debería respetar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión sino que además deberá “garantizar el derecho de demanda individual o, en otras palabras, no debiera suponer un obstáculo adicional al ya complicado acceso al TEDH”<sup>1125</sup>. Así surge el mecanismo del codemandado, cuya ilustrativa definición por parte de Miguel Azpitarte conviene destacar: “es una particular figura procesal que trata de garantizar la tutela judicial ante aquellos supuestos en los que el acto al que se le atribuye la vulneración del CEDH imbrica de forma tan intensa a la Unión y al Estado miembro, que conviene situar a los dos en la parte pasiva de la relación procesal”<sup>1126</sup>.

Fue en el Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa donde se empezó a gestar una fórmula que asegurara la posibilidad de que una parte se uniera al procedimiento ante el Tribunal de Estrasburgo cuando considerara que era necesario para canalizar la responsabilidad de una supuesta violación del Convenio. Así, el CDDH introdujo, por primera vez, la figura del codemandado en su Informe sobre cuestiones técnicas y jurídicas sobre una posible adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2002<sup>1127</sup>. En la Convención Europea, el Sr. Fischbach, juez en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y uno de los dos observadores del Consejo de Europa, también se hizo eco de la necesidad de introducir “un mecanismo que permita que la Unión y un Estado miembro comparezcan solidariamente como "codemandados" ante el Tribunal de Estrasburgo”<sup>1128</sup>. Posteriormente, esta preocupación se plasmó –

---

<sup>1124</sup> GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* p.142. En este mismo sentido, POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR...” *op. cit.* p. 11: “The introduction of this mechanism is necessary because the legal systems of the EU and its member states do not only overlap, they are intrinsically intertwined”.

<sup>1125</sup> MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos...” *op. cit.* p.478.

<sup>1126</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.244.

<sup>1127</sup> Study of technical and legal issues of a posible EC/EU accession to the European Convention on Human Rights, report adopted by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) at its 53rd meeting (25-28 junio de 2002), Strasbourg, 28 June 2002. Véanse los párrafos 57 a 62.

<sup>1128</sup> Véase el Informe Final del Grupo II sobre incorporación de la Carta/adhesión al CEDH, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002, pp.13-14. Sabemos que fue el juez Fischbach quien defendió la introducción de este mecanismo gracias al Informe CONV 295/02, resumen de la reunión mantenida el 17 de septiembre de 2002, disponible en <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/en/02/cv00/cv00295.en02.pdf> (último acceso: 8 de enero de 2017), p.5: “To resolve specific cases brought before the European Court and in which it was not certain whether the Union or one of its Member States was responsible for an alleged infringement of the ECHR, Mr Fischbach referred to a "co-defender" mechanism developed by the Council of Europe's Steering Committee for Human Rights (CDDH) (...). By virtue of this mechanism, a defendant Member State would be able to invite the Union to join the proceedings as "co-defendant" if it felt that the case involved the Union's responsibility, and *vice versa*.”



aunque sin referirse expresamente a la institución del codemandado – en una exigencia establecida en el artículo 1 del ya referido Protocolo nº8<sup>1129</sup>: “El acuerdo relativo a la adhesión (...) *estipulará* que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a: (...) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y *los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso*”<sup>1130</sup>.

Dando cumplimiento a ese mandato, el artículo 3 del Proyecto de acuerdo de adhesión regula el mecanismo del codemandado, que puede activarse por varias vías<sup>1131</sup>. Por un lado, la Unión Europea podría solicitar convertirse en codemandado cuando la demanda fuera dirigida contra uno o varios Estados miembros, en aquellos casos en los que estuviera en cuestión el Derecho de la Unión<sup>1132</sup>. De igual forma, los Estados miembros podrían solicitar ser codemandados cuando la Unión fuera demandada ante Estrasburgo<sup>1133</sup>. Además, el TEDH podría invitar tanto a la Unión como a los Estados a personarse como demandados en un proceso, pero aquellos podrían rechazar tal invitación. Se trata, por tanto, de un mecanismo de responsabilidad compartida, basado en la voluntariedad<sup>1134</sup>. Asimismo, es preciso señalar lo que el propio proyecto de informe explicativo al acuerdo de adhesión aclara: este mecanismo no es un privilegio procesal

---

<sup>1129</sup> Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>1130</sup> Énfasis añadido.

<sup>1131</sup> La importancia del mecanismo del codemandado es proporcional a su complejidad. La profesora Ana Salinas lo califica como un sistema “endiablado”, SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” *op. cit.*

<sup>1132</sup> Artículo 3.2 del acuerdo de adhesión.

<sup>1133</sup> Artículo 3.3 del acuerdo de adhesión.

<sup>1134</sup> Conviene señalar aquí las reticencias que manifestaron varios Estados no miembros de la Unión Europea ante el hecho de que el mecanismo del codemandado fuera voluntario en el Informe Común de Andorra, Armenia, Azerbaijan, Bosnia-Herzegovina, Islandia, Liechtenstein, Monaco, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, Rusia, Turquía y Ucrania respecto al acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, CDDHUE 47+1(2013)003, 21 de enero de 2013, p. 12: “The NEUMS point out that, given the main purpose of accession, it would be consequent to make the CRM binding in the sense that the EU and its member States have to accept the invitation of the Court. A optional character of the CRM might lead to gaps in participation and, consequently, to lack of accountability and enforceability in the ECHR system”. Conviene aclarar que “NEUMS” es el acrónimo utilizado para “Non EU Member States” y “CRM” para “Co-respondent mechanism”. A pesar de la propuesta de estos Estados de que el mecanismo del codemandado fuera vinculante, finalmente en el acuerdo de adhesión se optó por que fuera voluntario.

para la Unión o sus Estados miembros, sino una forma de evitar lagunas en la participación, en la responsabilidad y la eficacia del CEDH<sup>1135</sup>.

El apartado 1 del artículo 3 prevé la modificación del actual artículo 36 del Convenio, ya que añadiría “y codemandado” al título ya existente que reza: “intervención de terceros”<sup>1136</sup>. Interesa señalar que, pese a que ambas figuras procesales pasarían a estar reguladas en una misma disposición del Convenio, es necesario distinguirlas apropiadamente. En primer lugar, en el caso de la intervención de una tercera parte ésta no se convierte en parte del procedimiento – y consecuentemente, la decisión judicial no le obliga - mientras que el codemandado sí, y por tanto, la decisión le vincula de igual forma que al demandado original<sup>1137</sup>. Si bien a la tercera parte se le da derecho a remitir comentarios escritos y a participar en las sesiones orales, el codemandado tiene todos los derechos procesales y se sitúa paralelamente al demandado original tanto en todos los aspectos técnicos como en los resultados jurídicos<sup>1138</sup>. En segundo lugar, en la intervención de una tercera parte, de conformidad con el artículo 36 del Convenio, una Alta Parte Contratante sólo tendrá derecho a participar cuando el demandante sea un nacional de ese Estado. Por el contrario, con arreglo al artículo 3.3 del acuerdo de adhesión, cualquier Estado miembro podría ser codemandado con independencia de que el procedimiento lo haya iniciado una persona de esa nacionalidad o de cualquier otra. Por tanto, a diferencia de la intervención de una tercera parte, en el mecanismo del codemandado se desliga la nacionalidad del demandante de la posibilidad de poder participar en el proceso. Por último, ambos mecanismos se diferencian en razón del objetivo que persiguen. La intervención de terceros está prevista como una herramienta para permitir a las Partes del Convenio que remitan argumentos en relación a un caso en el que un nacional es demandante ante el Tribunal. En cambio, el mecanismo del codemandado está concebido para identificar y asignar debidamente la responsabilidad

---

<sup>1135</sup> Proyecto de Informe explicativo del acuerdo de adhesión, párrafo 39.

<sup>1136</sup> La intervención de terceras partes frente al Tribunal de Estrasburgo es similar al procedimiento previsto ante el Tribunal Internacional de Justicia, de conformidad con los artículos 62 y 63 de su Estatuto, disponible en: [http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&#CHAPTER\\_III](http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&#CHAPTER_III) (último acceso: 8 de enero de 2017).

<sup>1137</sup> Lo aclara el propio informe explicativo del acuerdo de adhesión, párrafo 45: “The co-respondent mechanism differs from third party interventions under Article 36, paragraph 2, of the Convention. The latter only gives the third party (be it a High Contracting Party to the Convention or, for example, another subject of international law or a non-governmental organisation) the opportunity to submit written comments and participate in the hearing in a case before the Court, but it does not become a party to the case and is not bound by the judgment. A co-respondent becomes, on the contrary, a full party to the case and will therefore be bound by the judgment.”

<sup>1138</sup> KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.180.

de una supuesta violación. Asimismo, hay que tener en cuenta que, aunque este mecanismo se ha creado para ser utilizado en cuestiones relativas al Derecho de la Unión Europea, no se descarta que la Unión pueda intervenir como tercera parte tanto en procedimientos en los que son demandados los Estados miembros – en aquellos casos en los que no cumpla los requisitos para concurrir como codemandada – así como en los procesos en los que la demanda se dirija frente a terceros Estados<sup>1139</sup>.

#### **4.3.2. Las tres objeciones del Tribunal respecto al mecanismo del codemandado**

El TJUE identifica tres impedimentos en el acuerdo de adhesión en lo referente al mecanismo del codemandado. Hay que destacar que, a diferencia de los anteriores obstáculos analizados, en este ámbito el Tribunal sí sigue, en gran medida, las conclusiones de la Abogada General Kokott. Puede que ésta sea la razón por la que esta parte del Dictamen haya recibido una crítica más matizada por parte de la doctrina.

##### **4.3.2.1 La decisión del TEDH sobre la solicitud de personarse como codemandado**

La primera de las objeciones tiene lugar en relación a la posibilidad que el apartado 5 del artículo 3 del Proyecto de acuerdo otorga al TEDH, que deberá pronunciarse sobre si la Unión o los Estados miembros reúnen los requisitos para ser codemandados en un determinado procedimiento. Con arreglo a dicha disposición, una Parte del Convenio puede convertirse en codemandada a través de dos vías, como se indicó anteriormente: aceptando una invitación del TEDH o cuando éste lo decida a solicitud de la Unión o de un Estado miembro. La primera modalidad no le preocupa al Tribunal, ya que, como él mismo señala, la invitación del TEDH no es vinculante<sup>1140</sup>. Sin embargo, la segunda opción sí que inquieta al TJUE, dado que “mediante ese control, el TEDH se ve llamado a apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de sus actos u omisiones, con el fin de adoptar una decisión definitiva a este respecto que obliga tanto a los Estados miembros como a la Unión”<sup>1141</sup>. Por tanto, el Tribunal considera que, a través de esa decisión, el TEDH se estaría inmiscuyendo en un asunto interno de la Unión: el

---

<sup>1139</sup> Proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión, párrafo 45: “The introduction of the co-respondent mechanism should thus not be seen as precluding the EU from participating in the proceedings as a third party intervener, where the conditions for becoming a co-respondent are not met.”

<sup>1140</sup> Véanse los apartados 219 a 222 del Dictamen 2/13.

<sup>1141</sup> Apartado 224 del Dictamen 2/13.

reparto de competencias entre ésta y los Estados miembros<sup>1142</sup>.

En la misma sintonía, la Abogada General Kokott también señala que ese análisis de razonabilidad por parte del TEDH entraña el peligro de que, en las ocasiones en que estimase que los motivos alegados por la Unión o los Estados miembros no fueran razonables, estos se verían privados de personarse en tales procedimientos<sup>1143</sup>. Además, estima que ese control por parte del TEDH es incompatible con la autonomía del Derecho de la Unión<sup>1144</sup>. Por otro lado, la Abogada General Kokott muestra su preocupación por una cuestión relacionada con la figura del codemandado que el TJUE ni menciona en su Dictamen: la falta de información sobre los procedimientos pendientes ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>1145</sup>. En efecto, Kokott pone de relieve el hecho de que, actualmente, no se produce la publicación sistemática de todos los asuntos que se encuentran pendientes ante el TEDH, a diferencia de lo que ocurre con el TJUE. También señala que en el acuerdo de adhesión no está previsto que el Tribunal de Estrasburgo vaya a informar ni a la Unión de todos los recursos que notifique a los Estados miembros ni a los Estados miembros de los recursos en los que la Unión sea demandada. La Abogada General considera que debe paliarse esta falta de información para que se pueda defender eficazmente el Derecho de la Unión y para garantizar la plena eficacia práctica de las posibilidades de personación previstas en el acuerdo. Así, es necesario que a la Unión se le notifiquen todos los procedimientos pendientes contra sus Estados miembros ante el TEDH, e igualmente, los Estados miembros deben ser informados de los procedimientos contra la Unión, para que puedan personarse como codemandados. Habiendo identificado estas dos fallas del acuerdo de adhesión, Kokott concluye que la figura del codemandado sólo será compatible con el artículo 1 del Protocolo nº 8 “si se garantiza que se informe sistemáticamente y sin excepción a los posibles codemandados de la existencia de todos los procedimientos en los que puedan tener motivo para presentar demanda de intervención (...) y se garantiza que el TEDH no someta a ningún tipo de análisis de razonabilidad las demandas de intervención”<sup>1146</sup>.

Una alternativa a este control ejercido por el Tribunal de Estrasburgo, sería un modelo basado en el automatismo, es decir, en el reconocimiento “automático” de la condición

---

<sup>1142</sup> Apartado 225 del Dictamen 2/13.

<sup>1143</sup> Apartado 231 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1144</sup> Apartado 232 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1145</sup> Véanse los apartados 221 a 228 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1146</sup> Apartado 235 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

de codemandado a solicitud de la Unión o sus Estados miembros<sup>1147</sup>. La Abogada General Kokott también lo proponía en sus conclusiones, tomando como modelo las reglas procesales del Derecho de la Unión que otorgan tanto a las instituciones que participan en el procedimiento legislativo como a los Estados miembros el derecho a intervenir en los procesos ante el Tribunal de Justicia sin tener que demostrar un interés particular y sin que el TJUE pueda restringir dicho derecho mediante ningún tipo de análisis<sup>1148</sup>.

#### **4.3.2.2. La condena a un Estado miembro por violación de una disposición respecto de la cual hubiese realizado una reserva**

La segunda objeción del Tribunal respecto al mecanismo del codemandado es tan breve como sorprendente. En tres párrafos<sup>1149</sup>, el Tribunal explica su inquietud en cuanto a una posible condena a un Estado miembro por vulnerar una disposición del Convenio respecto de la cual ese mismo Estado hubiese formulado una reserva de conformidad con el artículo 57 del propio Convenio<sup>1150</sup>. La causa de esta posible condena se encontraría en el apartado 7 del artículo 3 del Proyecto de acuerdo que prevé que demandado y codemandado son conjuntamente responsables en caso de que se declare la violación del Convenio. La Abogada General Kokott también había manifestado su preocupación respecto a este extremo<sup>1151</sup>, hasta el punto de afirmar: “la Unión únicamente podría celebrar el Proyecto de Acuerdo que ahora se plantea si en el mismo se aclarara oportunamente que el principio de responsabilidad conjunta del demandado principal y de la parte que interviene como codemandada no afectará a las reservas que las partes contratantes hayan podido formular a efectos del artículo 57 del CEDH”<sup>1152</sup>.

Al detenernos en el análisis de esta objeción, nos damos cuenta de la improbabilidad – o más bien imposibilidad - de que la hipótesis que plantea se produzca. En efecto, la Unión

---

<sup>1147</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.18. Martín y Pérez de Nanclares considera que bastaría con un reconocimiento “cuasiautomático” de la condición de codemandado, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.854.

<sup>1148</sup> Apartado 234 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1149</sup> Apartados 226 a 228 del Dictamen 2/13.

<sup>1150</sup> Artículo 57:

Reservas

“1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.”

<sup>1151</sup> Apartados 259 a 265, conclusiones Abogada General Kokott.

<sup>1152</sup> Apartado 265, Dictamen 2/13.

sólo puede presentarse como codemandada en un proceso si hay previamente un Estado miembro demandado ante el Tribunal de Estrasburgo. Para que la demanda sea admitida a trámite por el TEDH, es preciso que el Estado miembro se encuentre obligado por esa disposición del CEDH cuya violación se alega. Por tanto, si ese Estado miembro ha realizado una reserva válida con arreglo al artículo 57 del Convenio, el TEDH inadmitiría la demanda *ratione materiae*<sup>1153</sup>. El silogismo sería el siguiente: si el Estado miembro no puede ser demandado ante el TEDH porque ha realizado una reserva en cuanto a esa disposición y aquel Tribunal debe inadmitir la demanda por esta razón, el resultado es que la Unión Europea no puede figurar como codemandada en ese caso. Podría darse una segunda posibilidad: que no fuera la Unión, sino un Estado miembro el codemandado. No obstante, parece poco plausible que un Estado que ha realizado una reserva respecto a una disposición del CEDH, solicite personarse como codemandado en un procedimiento en el que se alega la violación de aquella. Parece menos lógico aún que el Tribunal de Estrasburgo invite a ese Estado a personarse como codemandado cuando sabe que ha emitido una reserva respecto a esa norma concreta<sup>1154</sup>. Pero incluso aunque esa inverosímil situación tuviera lugar, el Estado miembro no estaría obligado a aceptar la invitación del TEDH, como señala el punto 53 del Proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión. Por tanto, podemos concluir que esta objeción resulta cuando menos artificial<sup>1155</sup>.

#### **4.3.2.3. La decisión del TEDH en cuanto a la responsabilidad individual de demandado o codemandado**

El Tribunal identifica una tercera objeción también en relación con el apartado 7 del artículo 3<sup>1156</sup>. Si bien esta disposición establece como regla general que demandado y

---

<sup>1153</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión...” *op. cit.* p.26.

<sup>1154</sup> En este sentido, REITENMEYER, S. “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One step ahead and two steps back”, *European law Blog*, 31 de marzo de 2015, <http://europeanlawblog.eu/?p=2731#more-2731> (último acceso: 2 de abril de 2015).

<sup>1155</sup> A pesar de ello, suscita una cuestión más general que no es baladí y que invita a la reflexión: ¿cómo pueden conciliarse las reservas al Convenio formuladas por los Estados miembros de la Unión con el artículo 52.3 de la Carta que obliga a dar a los derechos correspondientes con el CEDH igual sentido y alcance que el conferido por éste? Éste es un problema no resuelto aún por el TJUE y que tiene lugar con anterioridad de la propia adhesión. Véanse al respecto las interesantes Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón en el asunto Akerberg Fransson (C-617/10), presentadas el 12 de junio de 2012, ECLI:EU:C:2012:340, que analiza el alcance del principio *ne bis in idem* (recogido en el artículo 50 de la Carta) a la luz del artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio, no ratificado por todos los Estados miembros, y, en el caso de aquellos Estados que lo han ratificado, en algunos casos, es objeto de reservas o declaraciones interpretativas.

<sup>1156</sup> Véanse los párrafos 229 a 235 del Dictamen 2/13.

codemandado son conjuntamente responsables en caso de que se declare la violación del Convenio, también prevé la posibilidad excepcional de que sólo uno de ellos sea declarado responsable en los casos en los que demandado principal y codemandado hayan presentado alegaciones a este respecto<sup>1157</sup>. El TJUE considera que permitir que el Tribunal de Estrasburgo adopte una decisión de este tipo podría violar, una vez más, el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros<sup>1158</sup>, incluso cuando la solicitud de reparto de la responsabilidad se base en un acuerdo entre demandado y codemandado<sup>1159</sup>. Según Luxemburgo, la cuestión del reparto de responsabilidad es competencia exclusiva suya, y por tanto es quien debería dirimir esta controversia con arreglo únicamente a las normas del Derecho de la Unión<sup>1160</sup>. En línea con las anteriores objeciones, el Tribunal sigue las conclusiones de la Abogada General, que también considera que la segunda parte del apartado 7 del artículo 3 del Proyecto de Acuerdo entra en conflicto con la autonomía del Derecho de la Unión<sup>1161</sup>.

Atrae nuestra atención el hecho de que el Tribunal confunda sujeto responsable con sujeto competente, conceptos que no son exactamente equivalentes<sup>1162</sup>. En efecto, la atribución de responsabilidad internacional se centra en las acciones o las omisiones, no en quién es competente. Lo determinante es cómo actuó o dejó de actuar el sujeto demandado y los

---

<sup>1157</sup> Es interesante señalar que en una versión anterior del acuerdo de adhesión tan sólo se preveía la posibilidad de la responsabilidad conjunta, sin excepción alguna. A propuesta de Francia y Reino Unido, se decidió incluir la posibilidad de que tan sólo una de las partes fuera declarado responsable, como puede leerse en el documento del Consejo de la Unión Europea 16385/11 de 8 de noviembre de 2011 sobre la situación de la adhesión de la Unión al Convenio, p.5: “Both FR and UK delegations proposed to amend Article 3 (7) of the draft accession agreement to allow for an exception to the general rule whereby judgements against the EU and one or more Member States acting as co-respondents should be pronounced jointly. According to these proposals for modification, the text of the draft accession agreement should be supplemented by stating that, when so requested by the EU and the co-respondent Member State(s), the Court should differentiate their responsibility in a judgement finding a violation of the Convention. The proposal was discussed by FREMP and was deemed as acceptable by most delegations.”

<sup>1158</sup> Apartado 231 del Dictamen 2/13.

<sup>1159</sup> Apartado 234 del Dictamen 2/13. Conviene apuntar que la ambigua redacción del apartado 7 del artículo 3 del proyecto de acuerdo no determina qué tipo de alegaciones deberán realizar los Estados o la Unión para que el TEDH pueda decidir atribuir la responsabilidad sólo a uno de ellos. En todo caso, el TJUE lleva su objeción hasta el extremo, ya que considera que aun en el caso en que hubiera un acuerdo entre demandado y codemandado sobre el reparto de responsabilidad, también se vulnerarían las características específicas de la Unión y su Derecho.

<sup>1160</sup> Apartado 234 del Dictamen 2/13.

<sup>1161</sup> Véanse los apartados 177 a 179 del Dictamen 2/13.

<sup>1162</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.23 y ss.; EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.28 y ss. Interesa destacar las palabras de Eeckhout en la p.31: “The succinctness with which the CJEU in this section of the Opinion conflates the international law of responsibility with EU law principles concerning the divisions of competences between the EU and its Member States is, with respect, wholly inadequate. The reader is left with the impression that it is EU law which would determine whether the EU or a Member State is internationally responsible. That of course cannot be the case.”

efectos de esa acción u omisión sobre la víctima de la violación del derecho<sup>1163</sup>. Giorgio Gaja, juez de la Corte Internacional de Justicia, que fue Relator especial de la Comisión de Derecho Internacional para el Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, afirma que las cuestiones de responsabilidad del CEDH raramente requerirán un análisis de la competencia de la UE<sup>1164</sup>. Sin embargo, el Tribunal mezcla los conceptos de responsabilidad internacional y competencia a lo largo de su argumentación en el Dictamen<sup>1165</sup>. Así, la consideración del TJUE en cuanto al hecho de que el TEDH pueda atribuir la responsabilidad exclusivamente al demandado o al codemandado se estaría inmiscuyendo en el reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros resulta bastante desconcertante<sup>1166</sup>. No obstante, esta preocupación del TJUE por que ningún otro tribunal decida sobre la distribución de competencias entre la Unión y los Estados no es nueva. Al contrario, se trata de un asunto delicado por el que Luxemburgo ya manifestó su inquietud en el Dictamen 1/91<sup>1167</sup>.

Halberstam defiende esta visión del TJUE de equivalencia entre responsabilidad y competencia, hasta tal punto que llega a aseverar que rubricar el acuerdo de adhesión supondría firmar la renuncia del TJUE a determinar qué es el Derecho de la Unión<sup>1168</sup>. Consideramos esta visión exagerada. Pretender que el TEDH se pronuncie sobre una posible violación del Convenio por parte de la Unión sin conocer en absoluto el ordenamiento jurídico de éste es ilusorio. De igual forma que sucede con las demás Partes en el Convenio, el TEDH debe tomar en consideración, al menos mínimamente, el Derecho de la Parte demandada<sup>1169</sup>. Como señalan Lazowski y Wessel, despojar al

---

<sup>1163</sup> EECKHOUT, P. "Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR..." *op. cit.* p.28.

<sup>1164</sup> GAJA, G. "The 'Co-respondent Mechanism' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR", en KOSTA, V. / SKOUTARIS, N. / TZEVELEKOS, V. P. (eds) *The EU accession to the ECHR*, Hart publishing, Oxford, 2014, pp. 341-348, p.346.

<sup>1165</sup> Véase, por ejemplo, el apartado 230: "una decisión relativa al reparto entre la Unión y sus Estados miembros de la *responsabilidad* por un acto u omisión que haya constituido una violación del CEDH declarada por el TEDH se basa también en la *apreciación de las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias* entre ésta y sus Estados miembros así como la imputabilidad de ese acto u omisión" (énfasis añadido).

<sup>1166</sup> Como señala Eeckhout: "The idea that the ECtHR would need to look into the division of competences between the EU and its Member States in a genuinely intrusive way, is puzzling, to say the least" EECKHOUT, P. "Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR..." *op. cit.* p. 29.

<sup>1167</sup> GAJA, G.: "The 'Co-respondent Mechanisms'..." *op. cit.* p.345.

<sup>1168</sup> Literalmente, Halberstam afirma: "Signing such a document would be signing away the CJEU's power to determine what the law of the Union is", HALBERSTAM, D. "It's the autonomy, stupid..." *op. cit.* p. 117.

<sup>1169</sup> En este sentido, interesa destacar las palabras del Profesor De Witte e Imamovic: "If the EU accedes to the Convention, the ECtHR will necessarily be led to endorse the interpretation of EU law provided either by the applicant or the defendant (...). There is really no way out from this situation: if the EU is ever to become a party to the Convention, the ECtHR will have to be able to interpret, at least minimally, EU law,



Tribunal de Estrasburgo de cualquier poder siempre que la interpretación del Derecho de la UE esté en cuestión, podría violar la misma idea del sistema del Convenio<sup>1170</sup>. En efecto, adherirse al mismo implica asumir cierta vulnerabilidad y aceptar el hecho de que se dejará de tener la última palabra sobre la interpretación del Derecho interno a la luz de las obligaciones derivadas del CEDH. Además, conviene tener presente que una sentencia del TEDH – por sí sola – no podrá modificar el Derecho de la Unión, cuyo máximo intérprete seguirá siendo el TJUE<sup>1171</sup>. Y el acuerdo de adhesión no lo cuestiona. En lugar de impedir que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncie sobre la responsabilidad individual de demandado o codemandado, tendría más sentido favorecer la creación de un diálogo entre ambos tribunales para definir los difusos límites entre la responsabilidad de un Estado o la Unión<sup>1172</sup>.

---

in order to be able to assess whether the ECHR has been infringed. The Strasbourg court simply cannot “keep its hands off” EU law entirely”, DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.698. Véanse también las palabras de Aída Torres: “The review of internal legislation in light of the Convention is inherent to an international human rights’ court monitoring system”, TORRES PÉREZ, A. “Too many voices? The prior involvement of the Court of Justice of the European Union”, *European Journal of Human Rights*, 2013/4, p.565-583, p.571.

<sup>1170</sup> LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.199.

<sup>1171</sup> EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.28. Como ya se ha explicado anteriormente, la labor del TEDH no es pronunciarse sobre la validez del acto de una Parte contratante, sino sobre su compatibilidad con el Convenio.

<sup>1172</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.25.

## 4.4. El procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia

### 4.4.1. El procedimiento de intervención previa: concepto, génesis y regulación

Junto con el mecanismo del codemandado, el procedimiento de intervención previa del Tribunal se configura como la piedra de toque del acuerdo de adhesión<sup>1173</sup>. Está íntimamente ligado a la salvaguardia del principio de autonomía del Derecho de la Unión y del principio de subsidiariedad del sistema del Convenio, pero sobre todo a la exclusividad jurisdiccional del TJUE y a su papel en relación con el Tribunal de Estrasburgo<sup>1174</sup>. Para comprender la razón de la existencia de este procedimiento, es necesario remontarse al documento de discusión del Tribunal de Justicia de la Unión sobre determinados aspectos de la adhesión de 5 de mayo de 2010<sup>1175</sup>. En este excepcional documento<sup>1176</sup>, el Tribunal de Luxemburgo señalaba la necesidad del establecimiento de un mecanismo que fuera capaz de garantizar que una cuestión sobre la validez de un acto de la Unión pudiera interponerse ante el TJUE antes de que el TEDH se pronunciara sobre la compatibilidad de tal acto con el Convenio<sup>1177</sup>. Según explica Luxemburgo en el citado documento, este procedimiento tendría dos objetivos: respetar el principio de

---

<sup>1173</sup> El procedimiento de intervención previa del TJUE ha sido ampliamente estudiado en BARATTA R., “Accession of the EU to the ECHR: The Rationale For The ECJ’s Prior Involvement Mechanism” *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1305–1332; GRAGL, P. “The Accession of the European Union...” *op. cit.* p.209 y ss; GROUSSOT, X., LOCK, T. and PECH, L. “EU accession to the European Convention on Human Rights: a legal assessment of the draft accession agreement of 14 October 2011” *Fondation Robert Schuman – European issues* No. 218, 2011 p.5 y ss.; HELIKOSKI, J. “The arrangement governing the relationship between the ECtHR and the CJEU in the Draft Treaty on the Accession of the EU to the ECHR”, en CREMONA, M. and THIES, A. *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges* (Hart Publishing, 2014; LOCK, T.: “Walking on a tightrope...” *op. cit.* p. 1045 y ss.

<sup>1174</sup> TORRES PÉREZ, A. “Too many voices?...” *op. cit.* p. 568.

<sup>1175</sup> Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 5 May 2010 [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention\\_en.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en.pdf). (último acceso: 8 de enero de 2017)

<sup>1176</sup> Lo calificamos de “excepcional” porque no es nada habitual que el Tribunal de Justicia publique este tipo de documentos, como también señalan ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.21, GROUSSOT, X., LOCK, T. and PECH, L. “EU accession to the European Convention on Human Rights...” *op. cit.* p.5 y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.850.

<sup>1177</sup> Véanse los párrafos 10 a 12 del documento de discusión. Concretamente, interesa destacar lo establecido en el párrafo 12: “Consequently, in order to observe the principle of subsidiarity which is inherent in the Convention and at the same time to ensure the proper functioning of the judicial system of the Union, a mechanism must be available which is capable of ensuring that the question of the validity of a Union act can be brought effectively before the Court of Justice before the European Court of Human Rights rules on the compatibility of that act with the Convention.”

subsidiariedad establecido en el CEDH así como asegurar el correcto funcionamiento del sistema judicial de la Unión<sup>1178</sup>.

Conviene señalar que, dos meses antes de la publicación de este documento, en marzo de 2010, el juez del TJUE, Christiaan Timmermans, había pronunciado un discurso ante la Comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo, donde también se había hecho eco de esta problemática y de la necesidad de intervención del TJUE antes de una decisión del TEDH sobre un acto de la Unión<sup>1179</sup>. Concretamente, Timmermans proponía dar la posibilidad a la Comisión Europea de preguntar al Tribunal de Luxemburgo sobre la compatibilidad de un acto de la UE o de un acto nacional aplicando Derecho de la Unión con los derechos fundamentales, cuando una demanda con este objeto sea declarada admisible por el TEDH. En ese caso, el procedimiento ante Estrasburgo debería suspenderse a la espera de una decisión del Tribunal de Luxemburgo<sup>1180</sup>.

Los presidentes de ambos tribunales, Jean-Paul Costa y Vassilios Skouris, también reflejaron esta necesidad en el no menos excepcional Comunicado conjunto que emitieron en enero de 2011<sup>1181</sup>. En dicho documento, ambos presidentes diferenciaban entre dos tipos de situaciones que podrían producirse como consecuencia de acciones directas o indirectas. La primera hipótesis haría referencia a aquellos casos en los que se interpone

---

<sup>1178</sup> Cian Murphy explica: “At the heart of this issue is a desire to accommodate the autonomy of the EU legal order (and of the CJEU to interpret the rules of that order) within the ECHR system, while also reconciling it with the requirement to exhaust domestic remedies (Article 35(1) ECHR).” MURPHY, C. “On the Rocky Road to Accession: Final Draft of EU’s Accession Agreement to ECHR Approved”, *European Law Blog*, 12 de abril de 2013, disponible en: <http://europeanlawblog.eu/?p=1680> (último acceso: 8 de enero de 2017)

<sup>1179</sup> TIMMERMANS, C. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention européenne des Droits de l’homme”, audition organisée par la Commission des affaires constitutionnelles, Bruxelles, 18 mars 2010, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201003/20100324ATT71235/20100324ATT71235EN.pdf> (último acceso: 8 de enero de 2017).

<sup>1180</sup> Véase en el discurso de Timmermans, las páginas 7-8: “Une possible solution pourrait être la suivante: donner la possibilité à la Commission européenne de demander à la Cour de Luxembourg de se prononcer sur la compatibilité d’un acte de l’Union avec les droits fondamentaux (ou encore d’une mesure nationale se situant dans le champ d’application du droit de l’Union), lorsqu’une plainte à cet égard a été déclarée recevable par la Cour de Strasbourg. La Commission devant normalement participer à de telles procédures devant la Cour de Strasbourg, elle aura ainsi la possibilité d’apprécier l’opportunité d’introduire une telle demande à la Cour de justice de Luxembourg. Si une telle demande sera faite, la procédure devant la Cour de Strasbourg devrait être suspendue dans l’attente d’une décision de la Cour de Luxembourg. Dans le cas où la décision de cette Cour constaterait la violation d’un droit fondamental, la procédure devant la Cour de Strasbourg devrait normalement pouvoir être terminée. Dans le cas contraire, cette procédure pourrait être poursuivie”

<sup>1181</sup> Comunicado conjunto de los Presidentes Costa y Skouris, 24 de enero de 2011: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf) (último acceso: 8 de enero de 2017)

una acción directa frente a un acto de la Unión, como un recurso de anulación<sup>1182</sup>. En esta situación, se cumpliría la condición de agotamiento de todos los recursos internos antes de acudir al TEDH establecida en el ya citado artículo 35.1 del Convenio, puesto que el TJUE se pronunciaría previamente<sup>1183</sup>. En cambio, en el segundo caso se trataría de acciones dirigidas contra actos adoptados por los Estados miembros para la aplicación o implementación del Derecho de la Unión. En estas situaciones, los demandantes deben dirigirse primero a los órganos jurisdiccionales nacionales, que no siempre están obligados a elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo<sup>1184</sup>. Por tanto, si esa cuestión no se planteara, el TEDH se pronunciaría sobre una demanda que tiene por objeto disposiciones de Derecho de la Unión, sin que el TJUE hubiese tenido la oportunidad de revisar la compatibilidad de aquellas con los derechos fundamentales garantizados en la Carta<sup>1185</sup>. En efecto, como cuando los ciudadanos se encuentran ante los tribunales nacionales – no superiores – tan sólo tienen la posibilidad de solicitarles que planteen una cuestión prejudicial, no está en su poder el hecho de que la acción finalmente llegue al TJUE y por tanto, este procedimiento no puede considerarse un recurso interno que un demandante debe agotar antes de iniciar una acción ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>1186</sup>.

Siguiendo la propuesta de los presidentes de ambos tribunales, así como el documento de discusión del TJUE de mayo de 2010, el artículo 3.6 del proyecto de acuerdo de adhesión

---

<sup>1182</sup> Establecido en el artículo 263.1 del TFUE.

<sup>1183</sup> Comunicado conjunto de los presidentes Costa y Skouris, p.2: “In the first case, the condition relating to exhaustion of domestic remedies, imposed under Article 35(1) of the Convention, will oblige applicants wishing to apply to the ECHR to refer the matter first to the EU Courts, in accordance with the conditions laid down by EU law. Accordingly, it is guaranteed that the review exercised by the ECHR will be preceded by the internal review carried out by the CJEU and that subsidiarity will be respected.”

<sup>1184</sup> Como se ha explicado anteriormente, sólo las jurisdicciones nacionales superiores están obligadas a plantear una cuestión prejudicial, con la excepción de la doctrina del *acte clair*. En efecto, el apartado 2 del artículo 267 del TFUE establece: “Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano *podrá pedir* al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.” El apartado 3 del artículo 267 TFUE dispone: “Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano *estará obligado a someter la cuestión al Tribunal*.” (énfasis añadido)

<sup>1185</sup> Comunicado conjunto de los presidentes Costa y Skouris, p.2: “However, if, for whatever reason, such a reference for a preliminary ruling were not made, the ECHR would be required to adjudicate on an application calling into question provisions of EU law without the CJEU having the opportunity to review the consistency of that law with the fundamental rights guaranteed by the Charter.”

<sup>1186</sup> Comunicado conjunto de los presidentes Costa y Skouris, p.2: “That means that the reference for a preliminary ruling is normally not a legal remedy to be exhausted by the applicant before referring the matter to the ECHR”. Esta afirmación fue posteriormente confirmada por el proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión, apartado 65: “Since the parties to the proceedings before the national courts may only suggest such a reference, this procedure cannot be considered as a legal remedy that an applicant must exhaust before making an application to the Court”

introdujo el mecanismo de intervención previa<sup>1187</sup>. Esta disposición prevé que cuando la Unión sea codemandada en un procedimiento<sup>1188</sup> y el Tribunal de Luxemburgo no haya examinado aún la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión con los derechos garantizados por el Convenio o por los Protocolos a los que se haya adherido, se concederá al TJUE el tiempo necesario para llevar a cabo tal examen, y posteriormente a las partes para formular sus observaciones ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>1189</sup>. Además, se establece que la Unión velará por que ese escrutinio por parte del TJUE se efectúe rápidamente, de modo que no se prolongue indebidamente el procedimiento ante el TEDH<sup>1190</sup>. Por último, el artículo 3.6 precisa que lo allí dispuesto no deberá afectar los poderes del Tribunal. La regulación de este procedimiento es bastante escasa, dado que tan sólo se recoge en ese apartado 6, así como en varios apartados del proyecto de informe explicativo<sup>1191</sup>, que no especifican mucho más del funcionamiento de este mecanismo. Por tanto, persisten bastantes dudas técnicas sobre la aplicación práctica del que se habría erigido como uno de los pilares del acuerdo de adhesión<sup>1192</sup>.

---

<sup>1187</sup> Article 3.6. “In proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article, *sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment*, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.” (énfasis añadido)

<sup>1188</sup> Como se subraya en el apartado 66 del proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión: “This procedure, which is inspired by the principle of subsidiarity, *only applies in cases in which the EU has the status of a co-respondent*.” (énfasis añadido). También la Abogada General Kokott enfatiza este hecho en el apartado 126 de sus conclusiones: “El ámbito de aplicación del procedimiento de pronunciamiento previo está indisolublemente ligado a la condición de codemandado, de tal manera que, en cualquiera de los casos, sólo se contempla que se produzca un pronunciamiento previo de nuestro Tribunal de Justicia cuando la Unión figure como codemandada ante el TEDH”

<sup>1189</sup> Como bien explican De Witte e Imamovic: “The prior involvement procedure thereby acts as a kind of replacement for a preliminary reference that did not take place”, DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.689.

<sup>1190</sup> Esta referencia a la duración del procedimiento parece querer dar respuesta a la preocupación por los costes extras tanto de tiempo como de dinero que implicará un procedimiento de estas características, como señala Aída Torres: “For an individual who has managed to file a complaint before the ECtHR, after several years of judicial proceedings before state courts, the referral of the case to the CJEU would further delay the expected decision by Strasbourg. Also, more time will imply greater expense”, TORRES PÉREZ, A. “Too many voices?...” *op. cit.* p. 578.

<sup>1191</sup> Véanse los párrafos 65 a 69 del proyecto de informe explicativo.

<sup>1192</sup> Aída Torres plantea interesantes interrogantes sobre el funcionamiento del procedimiento de intervención previa a los que ni el acuerdo de adhesión ni el informe explicativo dan respuesta. TORRES PÉREZ, A. “Too many voices?...” *op. cit.* p.575 y ss.

La introducción de este procedimiento no ha sido pacífica<sup>1193</sup>. Por un lado, se trata, en teoría, de un mecanismo concebido para salvaguardar el principio de subsidiariedad así como el sistema judicial de la Unión. Pero, por otro lado, también puede ser percibido como un privilegio para la Unión. En efecto, comparándolo con la situación de las otras Partes contratantes, a efectos del agotamiento de los recursos internos para acudir ante el TEDH, los tribunales constitucionales nacionales no se pronuncian necesariamente<sup>1194</sup>. Además, el procedimiento de intervención previa está previsto para los casos en los que la Unión es codemandada, pero ¿qué sucede cuando son los Estados miembros los codemandados en una acción dirigida contra la Unión? En ese caso, no se prevé dar la oportunidad a los tribunales nacionales para que examinen la compatibilidad de la legislación del Estado con los derechos recogidos en el Convenio.

Así, encontramos una división entre los juristas que abogan por la necesidad de la introducción del procedimiento de intervención previa en el acuerdo de adhesión<sup>1195</sup>, y aquella parte de la doctrina que considera que se trata de un privilegio injustificado hacia la Unión Europea<sup>1196</sup>. Interesa señalar la crítica de Aída Torres que afirma que, si con la adhesión se pretende dar al TEDH la última palabra para establecer el umbral mínimo de protección, es curioso que el TJUE pida tener la “primera palabra” cada vez que se ponga en cuestión el Derecho de la Unión. Este hecho puede condicionar la posterior decisión

---

<sup>1193</sup> Interesa destacar las premonitorias palabras de Olivier De Schutter sobre la controversia que se produciría en torno al agotamiento de las vías internas y el procedimiento de intervención previa en las negociaciones para lograr un acuerdo de adhesión: “Parmi les questions qui s’annoncent les plus contentieuses dans la négociation de l’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme, figure celle de l’interprétation de la condition de l’épuisement des voies internes de recours préalablement à l’introduction d’une requête devant la Cour européenne des droits de l’homme, et en lien avec cette question, celle de la possibilité pour la Cour de justice de l’Union européenne de se prononcer sur une violation alléguée des droits fondamentaux, dans tous les cas, avant que la Cour européenne des droits de l’homme se trouve saisie.” DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation...” *op. cit.* p.16.

<sup>1194</sup> DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.689.

<sup>1195</sup> Puede verse la postura favorable a la introducción de este procedimiento por parte del juez Timmermans no sólo en el discurso ya citado ante la Comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo sino también en la siguiente obra: TIMMERMANS, C. “Some Personal Comments on the Accession of the EU to the ECHR” en KOSTA, V., SKOUTARIS, N., y TZEVELEKOS, V.P. (eds), *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p.333. Véase también BARATTA R., “Accession of the EU to the ECHR: The Rationale For The ECJ’s Prior Involvement Mechanism...” *op. cit.*

<sup>1196</sup> BESSELINK, L. “The protection of fundamental rights post-Lisbon: The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions”, General Report, XXV FIDE Congress, 30 May – 2 June 2012, p.39; DE SCHUTTER, O. “L’adhésion de l’Union européenne à la Convention européenne des droits de l’homme: feuille de route de la négociation...” *op. cit.* p.17 y ss.; GROUSSOT, X., LOCK, T. and PECH, L. “EU accession to the European Convention on Human Rights...” *op. cit.* p.16; LAMBRECHT, S. “The sting is in the tail...” *op. cit.* p.193; TORRES PÉREZ, A. “Too many voices?...” *op. cit.*

por parte de Estrasburgo y obstaculizar un auténtico escrutinio externo<sup>1197</sup>. Considera que este procedimiento puede incrementar el riesgo de colisión entre los tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo. Esta autora también afirma que si se esquivara al TJUE debido a la ausencia de un planteamiento de cuestión prejudicial por parte de los tribunales nacionales, la solución no debería buscarse en el procedimiento ante el TEDH, sino en el propio marco legal de la Unión<sup>1198</sup>. A pesar de estas críticas, lo cierto es que finalmente el artículo 3.6 del acuerdo de adhesión incluía tal procedimiento de intervención previa, que, como veremos a continuación, tampoco fue del agrado del TJUE. En todo caso, el debate sobre si está justificada la introducción de este procedimiento ya sólo tendría sentido para la negociación de un futuro nuevo acuerdo, tras el Dictamen 2/13.

#### **4.4.2. Objeciones del Tribunal en cuanto al procedimiento de intervención previa**

##### **4.4.2.1 La activación del procedimiento de intervención previa**

Hay dos cuestiones referentes al procedimiento de intervención previa que no han superado el escrutinio del Tribunal. La primera es relativa a la activación del propio procedimiento. El TJUE considera que quien debe determinar si este órgano jurisdiccional ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH debe ser exclusivamente la institución competente de la Unión, no el Tribunal de Estrasburgo<sup>1199</sup>. Según la Alta Jurisdicción de Luxemburgo, este procedimiento “debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la Unión para que la institución competente de ésta pudiese apreciar si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión que es objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar ese procedimiento”<sup>1200</sup>. De lo contrario, tal y como está conformado el procedimiento hoy en día, siempre según Luxemburgo, este permiso al TEDH de

---

<sup>1197</sup> TORRES PÉREZ, A. “Too many voices?...” *op. cit.* p. 579 y 580. Aída Torres considera que la decisión del TJUE condicionará la del TEDH, a pesar de que el proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión establece en su apartado 68: “The assessment of the CJEU will not bind the Court.”

<sup>1198</sup> TORRES PÉREZ, A. “Too many voices?...” *op. cit.* p.579. En este mismo sentido, Jacqué se plantea: “La Cour de Justice ne pouvait-elle étendre sa jurisprudence sur l’obligation de saisir aux hypothèses dans lesquelles la validité d’un acte de l’Union est contestée au regard de la CEDH?”, JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.24.

<sup>1199</sup> Dictamen 2/13, apartado 238.

<sup>1200</sup> Dictamen 2/13, apartado 241.

pronunciarse sobre esta cuestión “equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”<sup>1201</sup>.

Una vez más, Luxemburgo manifiesta un celo colosal en cuanto a su jurisdicción exclusiva, proporcional a la desconfianza que exhibe frente al TEDH. Como afirma convenientemente Ricardo Alonso, este procedimiento no tendría por qué abordarse en términos de “interpretación de la jurisprudencia del TJUE” sino más bien, de una eficiente utilización de las bases de datos de ese Tribunal, con el fin de determinar si esa específica disposición del Derecho de la Unión habría sido ya objeto de examen por parte del TJUE, a la luz del derecho fundamental, cuya violación se estaría alegando ante el Tribunal de Estrasburgo<sup>1202</sup>. En este aspecto, la Abogada General Kokott se muestra mucho más dudosa. Si bien considera que en la mayoría de los casos no habría problema para apreciar si el TJUE ya se ha pronunciado sobre la compatibilidad de una disposición de Derecho de la UE con el Convenio, muestra su preocupación por aquellos asuntos en los que no esté tan claro<sup>1203</sup>. Por ello, afirma contundentemente: “resultaría incompatible con la autonomía del Derecho de la Unión dejar exclusivamente en manos del TEDH, incluso en los casos dudosos que se han mencionado, la decisión sobre la necesidad del pronunciamiento previo de nuestro Tribunal de Justicia, puesto que es éste el único que en última instancia puede de manera fiable evacuar informe sobre si ya se ha ocupado en alguna ocasión de la cuestión jurídica de la que ahora conoce el TEDH y que concierne la compatibilidad con uno o más derechos fundamentales del CEDH de una disposición determinada del Derecho de la Unión”.

La solución que propone Kokott difiere ligeramente de la sugerida por el Tribunal. Éste exige, como veíamos anteriormente, que sea “la institución competente de la Unión” (sin especificar cuál exactamente) la que se pronuncie sobre si el TJUE ya ha decidido o no

---

<sup>1201</sup> Dictamen 2/13, apartado 239.

<sup>1202</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.22.

<sup>1203</sup> Apartado 182 de las Conclusiones de la Abogada General Kokott. En el pie de página 120 explica de forma más específica su inquietud: “No cabe descartar que el Tribunal de Justicia ya haya examinado la compatibilidad del acto de Derecho de la Unión con *un* derecho fundamental del CEDH (por ejemplo, el artículo 8 del CEDH), pero no por lo que se refiera a *otro* derecho fundamental (por ejemplo, el artículo 6, apartado 1, del CEDH) cuya vulneración sea entonces objeto de un recurso interpuesto ante el TEDH.” E ilustra aún más sus dudas con el siguiente ejemplo en la nota de pie de página 121: “Por ejemplo, nuestro Tribunal de Justicia ya ha abordado en dos ocasiones, bajo prismas totalmente distintos, la validez de la Directiva sobre «conservación de datos», la primera sólo por lo que se refiere a su base jurídica y la segunda ya por lo que se refiere a determinados derechos fundamentales (véanse, por una parte, la sentencia Irlanda/Parlamento y Consejo, C-301/06, EU:C:2009:68, y, por otra, la sentencia Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238)”.



sobre esa cuestión, mientras que la Abogada General afirma que “debe garantizarse que, en caso de duda, el TEDH siempre inicie el procedimiento de pronunciamiento previo previsto en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de Acuerdo”<sup>1204</sup>. Por tanto, según Kokott, la decisión debería seguir estando en manos del Tribunal de Estrasburgo, que sólo podría prescindir del pronunciamiento previo “cuando resulte evidente que los tribunales de la Unión ya han abordado anteriormente la cuestión jurídica concreta que se esté planteando en el recurso pendiente ante el TEDH”<sup>1205</sup>, de forma análoga a lo que sucede con la doctrina “*acte clair*” o *CILFIT* en relación a las cuestiones prejudiciales<sup>1206</sup>. Por último, en referencia a la propuesta del Tribunal, consideramos que, al igual que sucede con otras objeciones ya analizadas, el deber de informar completa y sistemáticamente a la Unión para que la institución competente se pronuncie – exigencia que impone el Tribunal en el apartado 241 del Dictamen - no tendría por qué estar regulado en el acuerdo de adhesión, sino que podría ser resuelto de forma interna a través de un acto jurídico del Derecho de la Unión<sup>1207</sup>.

#### **4.2.2.2. El ámbito material del procedimiento de intervención previa**

El segundo problema que identifica el Tribunal es referente al contenido del pronunciamiento previo. Como hemos explicado con anterioridad, de conformidad con el artículo 3.6 del Proyecto de acuerdo, este mecanismo tiene por objeto permitir que el TJUE examine la compatibilidad de la disposición del Derecho de la UE con los derechos garantizados por el Convenio o por los Protocolos a los que se haya adherido la Unión. El TJUE denuncia que el punto 66 del Proyecto de informe explicativo al acuerdo de adhesión precisa que “examinar la compatibilidad de la disposición” significa, en lo

---

<sup>1204</sup> Apartado 184, Conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1205</sup> Apartado 184, Conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1206</sup> La propia Abogada General explica en la nota de pie de página 122 de sus conclusiones: “en esta situación se presentan problemas comparables a los supuestos de excepción a la obligación de remisión prejudicial a nuestro Tribunal de Justicia que recae, con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero, sobre los tribunales nacionales que resuelven en última instancia (véase, por su valor fundamental, la sentencia Cilfit y otros, EU:C:1982:335), y resulta lógico resolverlos de manera análoga”. Ricardo Alonso ha criticado duramente esta propuesta de Kokott de extrapolar la doctrina *CILFIT* al procedimiento de intervención previa del TJUE, véase ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p. 24.

<sup>1207</sup> En este sentido, véanse las palabras de Pirker y Reteinmeyer: “the question arises whether the duty of full and systematic information must necessarily be regulated in the accession agreement. Again, the exclusive autonomy perspective leads the Court to request extensive safeguards in the agreement before accession can take place, rather than to resolve the problem by integrating the problem into the EU legal order. Based on the duty of loyal cooperation of the Member States this problem could also be resolved within the EU in the form of a more concrete EU legal act”, PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.16.

esencial, pronunciarse sobre la validez de una disposición del Derecho derivado o bien sobre la interpretación de una disposición del Derecho primario<sup>1208</sup>. De la lectura de este extracto el Tribunal infiere que se excluiría la interpretación del Derecho derivado del procedimiento de intervención previa<sup>1209</sup>. Por ello, el TJUE concluye que si no se le permitiese “aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, *se estaría vulnerando sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión*”<sup>1210</sup>.

Esta objeción ha sido fuertemente criticada por la doctrina por dos razones principales: su falta de fundamentación y la postura incoherente del Tribunal. Respecto a la primera, el Tribunal realiza una exégesis restrictiva del punto 66 hasta el punto de considerar que se le estaría vetando realizar una interpretación de las disposiciones de Derecho derivado. Contrasta con las palabras de la Abogada General que afirma: “la mención que hace el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de Acuerdo al «examen de la compatibilidad» es en sí lo suficientemente abierta como para incluir también cuestiones interpretativas del Derecho de la Unión y permitir el pronunciamiento previo de nuestro Tribunal de Justicia al efecto de garantizar que la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión sea conforme con el CEDH”<sup>1211</sup>. Además, parece evidente que para realizar un análisis de compatibilidad es necesario realizar una labor interpretativa previa. No se trata, en absoluto, de cuestiones excluyentes<sup>1212</sup>. Al contrario de lo que sostiene el Tribunal, la literalidad del punto 66 no excluye la posibilidad de que el TJUE interprete Derecho

---

<sup>1208</sup> El punto 66 establece literalmente: “Assessing the compatibility with the Convention shall mean to rule on the *validity* of a legal provision contained in acts of the EU institutions, bodies, offices or agencies, or on the *interpretation* of a provision of the TEU, the TFEU or of any other provision having the same legal value pursuant to those instruments” (énfasis añadido).

<sup>1209</sup> Apartado 243 del Dictamen 2/13: “Resulta de ello que el acuerdo previsto excluye la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa”.

<sup>1210</sup> Apartado 246 del Dictamen 2/13.

<sup>1211</sup> Apartado 132, conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1212</sup> Interesa destacar las palabras de Eeckhout respecto a esta preocupación del Tribunal: “That concern is perplexing. It is, by definition, the compatibility of EU law with the Convention which may be in issue before the ECtHR. That Court cannot simply be asked to interpret EU law. Clearly, where a compatibility case is subject to the prior involvement procedure, the CJEU will first need to interpret the EU act, before ruling on its compatibility. It may interpret the act in such a way as to be consistent with the Convention. The ECtHR may of course disagree, subsequently, with such compatibility. Or the CJEU may find that the EU act is incompatible. Precisely what then the effects of that ruling are on the Strasbourg proceedings, and on the victim's position, is unclear at this point. However, the CJEU is, with respect, simply mistaken in distinguishing between interpretation and incompatibility.” EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.33.

Derivado a través de este procedimiento<sup>1213</sup>. Siguiendo una interpretación teleológica, si el proyecto de acuerdo le otorga al Tribunal la capacidad para pronunciarse sobre la validez de una disposición de Derecho derivado a la luz del Convenio que podría, en última instancia, conducir a la anulación de ese acto normativo, no tendría sentido que no le permitiera un método menos dramático como es la interpretación de aquella norma (“*ad maiore ad minus*”)<sup>1214</sup>. Asimismo, hay que tener en cuenta que el artículo 6.2 TUE establece expresamente que la adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados, cuestión que se ve reforzada aún más si cabe por el artículo 2 del Protocolo nº 8 que exige que el acuerdo debe garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. En virtud de estas disposiciones, el acuerdo de adhesión no puede modificar los actuales poderes del Tribunal de Justicia. Por tanto, si el TJUE tiene competencia para la interpretación del Derecho Derivado, el acuerdo no puede privarle de esta capacidad<sup>1215</sup>.

En segundo lugar, sorprende sobremanera esta objeción porque en las manifestaciones públicas del Tribunal acerca de la necesidad de la introducción de un mecanismo de intervención previa no se especificaba nada acerca de la interpretación del Derecho Derivado. En efecto, recordemos que en el documento de discusión del 5 de mayo de 2010 el Tribunal señalaba en el punto 12: “*a mechanism must be available which is capable of ensuring that the question of the validity of a Union act can be brought effectively before the Court of Justice before the European Court of Human Rights rules*

---

<sup>1213</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.851: “el Proyecto de Informe Explicativo, documento imprescindible para realizar de manera coherente cualquier intento de interpretación teleológica del art. 3.6 del PAA y único elemento de referencia que toma el TJUE en su argumentación *sensu contrario*, no excluye en modo alguno tal posibilidad. (...). Pero la referencia a «en lo esencial» no conlleva forzosamente una exclusividad o una exclusión *per se* de las cuestiones de interpretación del Derecho derivado si estas resultan relevantes en el caso en cuestión.”

<sup>1214</sup> GRAGL, P. The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.14. En este mismo sentido se pronuncia Korenica: “The fact that the DAA mentions the jurisdiction of the Luxembourg Court to check the validity of an EU secondary law norm is merely to show what it can do at maximum, because, of course, it can do everything else below that bar.”, KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.423.

<sup>1215</sup> Véanse las palabras de Korenica: “If the Luxembourg Court insists that there is no international agreement that may fix or change the competences of EU institutions, then, how come that it considers that the DAA is limiting to it a competence that it already has on basis of the Treaties? (...) Most logically, the Luxembourg Court should have merely pronounced that—in order to retain its consistency and to keep preserving its autonomy—the DAA merely guides the public on the type of jurisdictions which the Luxembourg Court possesses, as the DAA may not—even if it would wish—prescribe and/or limit a competence which the Luxembourg Court possesses on basis of the Treaties”, KORENICA, F. “The EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.423.

*on the compatibility of that act with the Convention*”<sup>1216</sup>. De igual forma, los Presidentes Skouris y Costa en su Declaración conjunta afirmaban: “*If for whatever reason, a reference for a preliminary ruling were not made, the ECHR would be required to adjudicate on an application calling into question provisions of EU law without the CJEU having the opportunity to review the consistency of that law with the fundamental rights guaranteed by the Charter*”. Como podemos comprobar, en un documento se habla de “validez” mientras que en el otro se habla de “revisar la compatibilidad”. Entendemos que en ambos documentos, se consideraba que la interpretación de las normas de Derecho derivado se subsumía en aquellos conceptos. De no ser así, no entendemos por qué en el Dictamen 2/13 se exige una precisión que en aquella oportunidad excepcional de manifestación de voluntad del TJUE no se decía nada al respecto. En este sentido, el profesor Ricardo Alonso afirma lo siguiente: “estaríamos, una vez más, ante una objeción al Acuerdo de Adhesión que tendría mucho de fabricación artificial, sino también y por otro lado, ante una objeción que rezumaría, particularmente, cierta dosis de cinismo y deslealtad a la luz del Documento de Reflexión de 2010 y de la Declaración Conjunta de 2011”<sup>1217</sup>.

Nos permitimos añadir que no sólo esta objeción, sino también la anterior son especialmente llamativas precisamente porque el procedimiento de intervención previa se introdujo en el proyecto de acuerdo de adhesión a instancias del propio Tribunal de Luxemburgo<sup>1218</sup>. No olvidemos las numerosas críticas que ha recibido este mecanismo porque es percibido como una concesión injustificada a la Unión Europea en detrimento del resto de Partes contratantes que no cuentan con un mecanismo semejante. A pesar de los esfuerzos realizados por los negociadores, el TJUE no se muestra satisfecho con la configuración que se ha hecho del procedimiento en el proyecto de acuerdo. En todo caso, consideramos que esta última objeción no tendría difícil acomodo en un nuevo acuerdo de adhesión, ya que bastaría con establecer de forma expresa, para evitar cualquier sombra

---

<sup>1216</sup> Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 5 May 2010.

<sup>1217</sup> ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* pp. 24 y 25.

<sup>1218</sup> EECKHOUT, P. Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.33; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p. 849; Como señala Walter Michl: “One should bear in mind that the prior involvement mechanism is Luxembourg’s favourite toy and all that it had asked for before the negotiations” MICHL, W. “Still a flawed decision” 13 de marzo de 2015, *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/still-a-flawed-decision-2/> (ultimo acceso: 20 de Julio de 2016).

de duda, que la Unión se podrá pronunciar sobre la validez y la interpretación de una disposición del Derecho derivado en el procedimiento de intervención previa.

## 4.5. El control jurisdiccional en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC)

### 4.5.1. La limitada jurisdicción de los tribunales de la Unión en la PESC

Antes de analizar la décima (y última) objeción expresada en el Dictamen 2/13, consideramos necesario realizar una breve introducción sobre las limitaciones de jurisdicción de los órganos judiciales de la Unión en el ámbito de la política exterior y de seguridad común (“PESC”), puesto que constituyen un elemento clave para comprender la conclusión que alcanza el Tribunal. Esta jurisdicción restringida del TJUE es reminiscencia del régimen intergubernamental<sup>1219</sup> del segundo pilar de la Unión Europea – conformado por la PESC- surgido con el Tratado de Maastricht<sup>1220</sup>. Es bien sabido que el Tratado de Lisboa unificó el sistema y suprimió formalmente la estructura de pilares<sup>1221</sup>. Aunque es cierto que esa consolidación ha sido prácticamente plena respecto al tercer pilar (la cooperación policial y judicial penal), no puede decirse lo mismo en cuanto al pilar de la PESC<sup>1222</sup>. En efecto, este ámbito goza de un régimen excepcional dentro de la Unión<sup>1223</sup>, consagrado en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 24

---

<sup>1219</sup> A este respecto, interesa recoger las palabras del profesor González Vega: “la supuesta dilución de los viejos pilares de cooperación encuentra en el caso de la PESC un rotundo mentís: su marchamo intergubernamental no logra ser ocultado en los «lienzos» de los Tratados y se hace aún más evidente en el ámbito del (reducido) control jurisdiccional”, GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.39.

<sup>1220</sup> Véase FERNÁNDEZ LIESA, C. R. “La Unión Europea como sujeto de la Comunidad internacional” *op. cit.* p.18 y ss.

<sup>1221</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.* p.557; Véase también EECKOUT, P. “The EU’s Common Foreign and Security Policy after Lisbon: From Pillar Talk to Constitutionalism”, en BIONDI, A., EECKHOUT, P. y RIPLEY, S., *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 265-291

<sup>1222</sup> Como señalan Carmen Martínez e Irene Blázquez: “El Tratado de Lisboa dotó a la UE de una personalidad jurídica única y abolió su estructura en pilares, pero junto a este paso hacia la “constitucionalización” de la alta política exterior, se mantiene el lenguaje de la separación en el artículo 40 TUE, la lógica intergubernamental/supranacional, siendo necesario demarcar la actuación de la UE en el ámbito de la PESC y en otros campos competenciales”, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. “La incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE”, *RJUAM*, nº 28, 2013-II, pp. 197-219, p.197.

<sup>1223</sup> Es muy ilustrativa la descripción que aporta Cardwell sobre el régimen de la PESC, definiéndolo como “ring-fenced” (blindado, cercado). CARDWELL, P.J. “On ‘ring-fencing’ the Common Foreign and Security Policy in the legal order of the European Union”, *Northern Ireland Legal Quarterly* 64, nº 4, 2013, pp. 443 - 463.

TUE<sup>1224</sup>. Conviene señalar que no sólo el TJUE tiene una jurisdicción limitada sobre los asuntos de PESC, en claro contraste con el resto de políticas de la Unión, sino que se mantienen unos procedimientos propios – por ejemplo, rige la unanimidad en la toma de decisiones - y además no se pueden adoptar actos legislativos<sup>1225</sup>. No nos detendremos en el análisis de todos los elementos excepcionales de la regulación de la PESC, sino solamente en la limitada jurisdicción del TJUE en este ámbito, que es determinante para la última objeción del Dictamen 2/13<sup>1226</sup>.

El artículo 24 del TUE es categórico a este respecto: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea *no tendrá competencia* respecto de estas disposiciones, con la salvedad de su competencia para controlar el respeto del artículo 40 del presente Tratado y para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el párrafo segundo del artículo 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”<sup>1227</sup>. Este artículo 275 del TFUE también es tajante en cuanto a la falta de competencia del TJUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea *no será competente* para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas. No obstante, el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los

---

<sup>1224</sup> Artículo 24.1 segundo párrafo: “La política exterior y de seguridad común se regirá por reglas y procedimientos específicos. La definirán y aplicarán el Consejo Europeo y el Consejo, que deberán pronunciarse por unanimidad salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa. Queda excluida la adopción de actos legislativos. La política exterior y de seguridad común será ejecutada por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y por los Estados miembros, de conformidad con los Tratados. La función específica del Parlamento Europeo y de la Comisión en este ámbito se define en los Tratados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrá competencia respecto de estas disposiciones, con la salvedad de su competencia para controlar el respeto del artículo 40 del presente Tratado y para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el párrafo segundo del artículo 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

<sup>1225</sup> Conviene destacar aquí la explicación sobre esta falta de poder normativo que aportan Carmen Martínez e Irene Blázquez: “Esto no sólo significa que los actos PESC no se adoptan a través del procedimiento legislativo ordinario ni de un procedimiento legislativo especial, en tanto el Parlamento no participa, sino que se excluye de este ámbito la acción normativa general, en el sentido de que la decisión PESC en virtud de su contenido no puede desplegar efectos jurídicos para terceros y en consecuencia no goza de eficacia directa y no prevalece sobre el Derecho interno. Esta salvaguarda constituye la única justificación y la sola condición para excluir la jurisdicción del Tribunal.” MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. “La incidencia del artículo 40 TUE...” *op. cit.* p.204.

<sup>1226</sup> Para un análisis exhaustivo de los poderes del TJUE sobre la PESC tras el Tratado de Lisboa, véase HILLION, C. “A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy”, in M. CREMONA and A. THIES (eds), *The ECJ and External Relations: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 47-72. Este autor argumenta que, pese a las restricciones jurisdiccionales que aún subsisten en este ámbito, el TJUE no está tan desprovisto de poderes como pudiera inferirse de una lectura superficial de los Tratados. En este sentido, véase también WESSEL, R.A.: “Resisting Legal Facts: Are CFSP Norms as Soft as They Seem?”, *European Foreign Affairs Review*, 2015, nº 2, pp. 123-145.

<sup>1227</sup> Énfasis añadido.

recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas”<sup>1228</sup>. En virtud de estas disposiciones, sabemos que el TJUE tan sólo tiene competencia en el ámbito de la PESC para controlar el respeto del artículo 40 TFUE (la denominada “cláusula de compatibilidad”) y la legalidad de determinadas decisiones del Consejo por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas a través del recurso de anulación<sup>1229</sup>. Conviene señalar que el propio TJUE ha definido estos preceptos como excepciones frente al principio de jurisdicción general establecido en el artículo 19 TUE<sup>1230</sup> en la sentencia dictada en el asunto C-658/11 *Parlamento/Consejo*: “los citados artículos 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, y 275 TFUE, párrafo primero, introducen *una excepción a la regla de la competencia general que el artículo 19 TUE confiere al Tribunal de Justicia* para garantizar el respeto del Derecho

<sup>1228</sup> Sobre esta disposición, Tobias Lock afirma: “The main reason for the inclusion of article 275 TFEU was to preserve the intergovernmental and political character of the CFSP and thereby the sovereignty of the Member States”, LOCK, T: “End of an Epic?...” *op. cit.* p.189-190.

<sup>1229</sup> Véase este interesante análisis sobre la jurisdicción del TJUE en el ámbito de la PESC al hilo de una sentencia importantísima de 19 de julio de 2016, *H. contra Consejo y Comisión*, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569: LONARDO, L. “The Court of Justice and EU Foreign Policy: what jurisdiction should it have?” *EU Law Analysis Blog*, 22 de septiembre de 2016, disponible en: [http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/09/the-court-of-justice-and-eu-foreign.html?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+\(EU+Law+Analysis\)](http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/09/the-court-of-justice-and-eu-foreign.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+(EU+Law+Analysis)) (último acceso: 22 de septiembre de 2016).

<sup>1230</sup> Artículo 19 TUE:

“1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

2. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales.

El Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro.

Los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y los jueces del Tribunal General serán elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones contempladas en los artículos 253 y 254 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Serán nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años. Los jueces y abogados generales salientes podrán ser nombrados de nuevo.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;

b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones; c) en los demás casos previstos por los Tratados.”



en la interpretación y aplicación de los Tratados y, en consecuencia, deben interpretarse restrictivamente”<sup>1231</sup>.

Esta limitada jurisdicción del TJUE no implica que los derechos fundamentales no deban ser respetados en el ámbito PESC<sup>1232</sup>. Recordemos que el artículo 6.1 del TUE establece: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...) la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Esta disposición se refiere a la Unión en general, no hace distinciones entre el ámbito PESC y el resto de políticas. Asimismo, el importantísimo artículo 51.1 de la Carta al delimitar su ámbito de aplicación precisa: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión (...) así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.”. Una vez más, se habla de la Unión y del Derecho de la Unión con carácter general, sin hacer matizaciones respecto a la PESC. Consecuentemente, tanto la Unión como los Estados miembros cuando aplican su Derecho están vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales<sup>1233</sup>.

Esta visión estaría respaldada por la jurisprudencia post-Lisboa del Tribunal, que ha afirmado en una sentencia relativa a medidas restrictivas dirigidas contra personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes: “procede indicar que *la obligación de respetar los derechos fundamentales está dirigida*, de conformidad con el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *a todas las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión* (...). La obligación de conformidad con los derechos fundamentales también recae sobre los actos de la Unión destinados a aplicar resoluciones del Consejo de Seguridad”<sup>1234</sup>. Posteriormente, el TJUE ha reiterado su posición de forma aún más contundente y precisa

---

<sup>1231</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 24 de junio de 2014, Parlamento/Consejo, C-658/11, apartado 70, ECLI:EU:C:2014:2025, énfasis añadido. En esta sentencia, el TJUE anuló la Decisión del Consejo 2011/640/PESC relativa a la conclusión del Acuerdo entre la UE y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega y enjuiciamiento de los individuos arrestados en el marco de la Operación Atalanta. Sobre esta sentencia y sobre la importancia de determinar la base jurídica para la conclusión de un acuerdo (en este caso, se debía decidir si el centro de gravedad recaía sobre el ELSJ o sobre la PESC), véase MATERA, C. y WESSEL, R. “Context or content? A CFSP or AFSP legal basis for EU international agreements” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, Madrid, septiembre/diciembre (2014), págs. 1047-1064.

<sup>1232</sup> Véase HILLION, C. “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 55-66, p.58 y ss.

<sup>1233</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.32.

<sup>1234</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, Parlamento/Consejo, C-130/10 ECLI:EU:C:2012:472, apartados 83 y 84. Énfasis añadido.

en una sentencia de junio de 2016: “Por lo que respecta, en particular, a las disposiciones del Acuerdo UE-Tanzania dedicadas al respeto de los principios del Estado de Derecho y de los derechos humanos, así como de la dignidad humana, es preciso subrayar que *dicho respeto se impone a cualquier acción de la Unión, incluso en el ámbito de la PESC*, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 21 TUE, apartado 1, párrafo primero, apartado 2, letra b), y apartado 3, en relación con lo dispuesto en el artículo 23 TUE”<sup>1235</sup>.

Por tanto, no es controvertido que, a pesar de sus peculiaridades, la PESC no se sustrae de la obligación de respeto de los derechos humanos. En cambio, hay cuestiones que no son tan evidentes. La adhesión de la Unión al CEDH abre los siguientes interrogantes: ¿puede considerarse que la tutela garantizada por el ordenamiento jurídico de la Unión en materia de PESC constituye “tutela judicial efectiva”, a efectos de los artículos 6 y 13 del Convenio?<sup>1236</sup> y ¿la Unión puede reconocer la jurisdicción del TEDH para analizar la compatibilidad de los actos adoptados en el ámbito PESC con el CEDH, cuando los propios órganos jurisdiccionales de la Unión no pueden hacerlo?<sup>1237</sup>

#### **4.5.2. Las alegaciones de la Comisión Europea y los Estados miembros en referencia a la jurisdicción en materia PESC**

Las mencionadas preguntas ya eran objeto de preocupación con anterioridad al Dictamen tanto por parte de la doctrina<sup>1238</sup> como de los Estados miembros - al contrario que otras objeciones como la referente al artículo 53 de la Carta o la relativa al Protocolo nº 16 que surgieron de forma inesperada -. En efecto, varios Estados habían manifestado su

---

<sup>1235</sup> Sentencia de 14 de junio de 2016 Comisión Europea c. Consejo de la Unión Europea C-263/14 ECLI:EU:C:2016:435, apartado 47. Este importante párrafo fue citado por el Abogado General Wathelet en sus conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2016 en el asunto C-104/16 Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario) ECLI:EU:C:2016:677, apartado 255.

<sup>1236</sup> Apartado 85 de las conclusiones de la Abogada General Kokott; CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.26; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición...” *op. cit.* p.387.

<sup>1237</sup> Apartado 189 de las conclusiones de la Abogada General Kokott; CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.27

<sup>1238</sup> Véase, por ejemplo, GRAGL, P. “A giant leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights” *Common Market Law Review*, nº 51, Issue 1, 2014, pp. 13–58, p.27 y ss.; JACQUÉ, J.P. “The accession of the European Union...” *op. cit.* p.1006; LOCK, T. “End of an epic...”, p.188 y ss; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición...” *op. cit.* p.387 y ss.

inquietud por esta cuestión desde las negociaciones del Proyecto de acuerdo<sup>1239</sup>. Francia llegó a proponer la exclusión de los actos, medidas y omisiones basadas en la PESC de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo. Esta propuesta fue rechazada no sólo por los Estados parte del Convenio ajenos a la Unión – al entender que ésta debía adherirse en condiciones de igualdad<sup>1240</sup> - sino que muchos Estados miembros de la Unión también se opusieron. Por esta razón, dicha proposición no fue finalmente acogida en el Proyecto de acuerdo<sup>1241</sup>. A cambio, se introdujo el apartado 4 en el artículo 1 del acuerdo que prevé que, incluso en lo que respecta a las operaciones llevadas a cabo en el ámbito de la PESC, los actos de los Estados miembros se imputarán a estos y no a la Unión<sup>1242</sup>.

Sin embargo, las discrepancias en torno a la jurisdicción en este ámbito no finalizaron con la consecución de un Proyecto de acuerdo en abril de 2013. La Comisión Europea dedicó a esta cuestión buena parte de las apreciaciones que formuló al solicitar el Dictamen<sup>1243</sup>. La Comisión considera que la jurisdicción en asuntos de PESC no es tan limitada como se ha sostenido tradicionalmente<sup>1244</sup>. Para ello, propone una interpretación inusitadamente amplia del término “medidas restrictivas” del apartado 2 del artículo 275 TFUE. Así, respecto a los actos en materia de PESC que emanen de un Estado miembro, la Comisión considera que cuando tales actos se basen en una decisión del Consejo

---

<sup>1239</sup> De hecho, la falta de consenso en torno a la cuestión de la PESC fue una de las razones por las que las negociaciones de adhesión se paralizaron en 2011 hasta que fueron reanudadas en junio de 2012. JOHANSEN, “Some thoughts on the ECJ hearing...” (Part 1) *op. cit.* p.5.

<sup>1240</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.27.

<sup>1241</sup> Documento de trabajo de la Presidencia Consejo de Ministros de la Unión Europea, (FREMP) n° DS 1675/1, de 4 de noviembre de 2011, Accession of the European Union to the ECHR, apartados 9 y 10: “9. FREMP examined the proposal of the French delegation to exclude in Article 1(2) (c) acts, measures and omissions based on Title V of TEU (provisions on a common foreign and security policy). 10. *Many delegations could not accept such an exclusion and considered that it would not be in conformity neither with TEU Article 6(2) nor with Protocol 8.* Several delegations pointed out that such an exclusion, as proposed by France, would be too wide in the light of TFEU Article 275. The possibilities of dealing with French concerns by way of a reservation were discussed. The French delegation provided clarifications as to its aims in securing such a carve-out.” (Énfasis añadido) Véase también el Meeting Report, Fourth Negotiation Meeting Between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights 47+1(2013) R04, Strasbourg, 23 January 2013, p.14: “The proposed exclusion of CFSP causes major concern for different reasons (political sensitivity; restriction of the jurisdiction of the Strasbourg Court) and should be deleted”.

<sup>1242</sup> Artículo 1, apartado 4 del Proyecto de acuerdo: “For the purposes of the Convention, of the protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union. This shall not preclude the European Union from being responsible as a co-respondent for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 36, paragraph 4, of the Convention and Article 3 of this Agreement.”

<sup>1243</sup> Véanse los apartados 94 a 104 del Dictamen 2/13.

<sup>1244</sup> JOHANSEN, “Some thoughts on the ECJ hearing...” (Part 1) *op. cit.* p.6.

podrían ser objeto de una remisión prejudicial, relativa a su validez<sup>1245</sup>. En cuanto a los actos en materia de PESC que emanen de las instituciones de la Unión, la Comisión distingue entre actos que producen efectos jurídicos vinculantes y actos que carecen de tales efectos. Los primeros sí constituirían, en la medida en que puedan vulnerar derechos fundamentales, “medidas restrictivas” con arreglo al artículo 275.2 TFUE y, según la Comisión, podrían ser objeto de un recurso de anulación ante el juez de la Unión<sup>1246</sup>. Respecto de los segundos, la Comisión afirma que, aunque no pueda interponerse tal recurso, sí podría exigirse responsabilidad por daños y perjuicios en virtud del artículo 340 TFUE<sup>1247</sup>. En suma, la Comisión concluye que “el efecto combinado de los artículos 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo, 19 TUE, apartado 1, párrafo primero, y 275 TFUE y 340 TFUE tiene como resultado que *todos los actos y medidas de la Unión y de los Estados miembros en materia de PESC*, con respecto a los cuales una persona pueda considerarse víctima de una violación de los derechos reconocidos por el CEDH, puedan

---

<sup>1245</sup> Véase el apartado 98 del Dictamen 2/13. Para llegar a esta conclusión, la Comisión se apoya en la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2007, *Segi y otros / Consejo* C-355/04 y C-355/04 ECLI:EU:C:2007:116. Es importante señalar que la Comisión Europea volvió a proponer una interpretación extensiva del término “medidas restrictivas” en un caso posterior: el asunto C-72/15 *Rosneft*. En la sentencia en este asunto, de 28 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:236, la Gran Sala del Tribunal siguió este enfoque “amplio” propuesto por la Comisión y concluyó en el apartado 81: “los artículos 19 TUE, 24 TUE y 40 TUE, el artículo 275 TFUE y el artículo 47 de la Carta deben interpretarse en el sentido de que *el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE sobre la validez de actos que, como la Decisión 2014/512, hayan sido adoptados sobre la base de las disposiciones relativas a la PESC*, siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el artículo 40 TUE bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas” (énfasis añadido). Véase un análisis de este caso en : JOHANSEN, S. “EU sanctions against non-EU countries: the CJEU will soon address some key legal issues” *EU Law Analysis Blog*, 26 de febrero de 2016, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/eu-sanctions-against-non-eu-countries.html> (último acceso: 3 de abril de 2017) y JOHANSEN, S. “Judicial control of EU foreign policy: the ECJ judgment in *Rosneft*” *EU Law Analysis Blog*, 28 de marzo de 2017, disponible en [http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/judicial-control-of-eu-foreign-policy.html?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+\(EU+Law+Analysis\)](http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/03/judicial-control-of-eu-foreign-policy.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+(EU+Law+Analysis)) (último acceso: 3 de abril de 2017).

<sup>1246</sup> Véase el apartado 99 del Dictamen 2/13.

<sup>1247</sup> Artículo 40 TFUE:

“La responsabilidad contractual de la Unión se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo, el Banco Central Europeo deberá reparar los daños causados por él o por sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

La responsabilidad personal de los agentes ante la Unión se regirá por las disposiciones de su Estatuto o el régimen que les sea aplicable.”

ser objeto de un recurso efectivo ante instancias jurisdiccionales de la Unión o de los Estados miembros”<sup>1248</sup>.

Ni el Consejo ni algunos Estados miembros<sup>1249</sup> apoyan esta interpretación extensiva de la Comisión Europea<sup>1250</sup>. Sostienen que, salvo las excepciones establecidas en los Tratados, la regla general es que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la PESC. Reino Unido afirma que la interpretación extensiva de la Comisión es incorrecta y se basa en una jurisprudencia anterior al Tratado de Lisboa<sup>1251</sup>. España y Finlandia manifiestan que el artículo 275 TFUE debe interpretarse restrictivamente, ya que lo contrario - una interpretación extensiva que ampliase las competencias del Tribunal de Justicia en materia de PESC - no se ajustaría a las exigencias del artículo 2 del Protocolo nº 8 UE<sup>1252</sup>. Francia realiza unas alegaciones particularmente prolijas en lo referente a la jurisdicción sobre la PESC y, apoyada por el Consejo, considera que la diferenciación que establece la Comisión entre medidas que tengan efectos vinculantes y medidas carentes de tales efectos no tiene sentido<sup>1253</sup>. Según Francia, Holanda y el Consejo, el concepto de “medidas restrictivas” únicamente debe incluir las “decisiones sancionadoras” adoptadas contra personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la limitación de su admisión en el territorio de los Estados miembros y la congelación de sus fondos y recursos económicos<sup>1254</sup>. Asimismo, Francia se muestra contraria, al igual que Reino Unido, a la utilización por parte de la Comisión de la sentencia *Segi y otros/Consejo*, puesto que considera que no es extrapolable a este caso, ya que, contrariamente al (entonces) artículo

---

<sup>1248</sup> Apartado 100, Dictamen 2/13. Énfasis añadido.

<sup>1249</sup> Excepcionalmente, Alemania sí apoyaba, aunque parcialmente, la propuesta de la Comisión. El Estado teutón también proponía una interpretación extensiva de la jurisdicción del Tribunal en los asuntos de la PESC, pero basándose en el artículo 37 TUE, que dispone: “La Unión podrá celebrar acuerdos con uno o varios Estados u organizaciones internacionales en los ámbitos comprendidos en el presente capítulo”.

<sup>1250</sup> Tampoco está conforme con esa interpretación de la Comisión el profesor Martín y Pérez de Nanclares, cuyas palabras merece la pena subrayar: “A nuestro entender, la propuesta interpretativa de la Comisión resultaba realmente imaginativa y atractiva para superar los problemas derivados de la falta de competencia del TJUE en materia de PESC, pero era *contra legem* por ir claramente en contra de la formulación del art. 275 TFUE; *ultra vires* por resultar contraria a la voluntad expresa de los Estados plasmada en el Tratado de Lisboa, por haberse descartado tal consideración tanto durante los debates de la Convención Europea a propósito de los entonces art. III-282 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europea (CONV 689/1/03, de 16 de abril de 2003, apartados 5 y 7; CONV 734/03, de 2 de mayo de 2003) como durante la Conferencia Intergubernamental previa al Tratado de Lisboa; e incluso imprecisa, por fundarse en una jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (cuando se ubicaba en el tercer pilar de la Unión) que no resultaba difícilmente trasladable al ámbito de la PESC (jurisprudencia *Gestoras Pro Amnistía y Segi* EU:C:2007:115; EU:C:2007:116)”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.846.

<sup>1251</sup> Apartado 131, Dictamen 2/13.

<sup>1252</sup> Apartado 131, Dictamen 2/13.

<sup>1253</sup> Apartado 132, Dictamen 2/13.

<sup>1254</sup> Apartado 133, Dictamen 2/13.

35.1 TUE, el artículo 275 TFUE no concede ninguna competencia con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>1255</sup>. Según Francia, el hecho de que el artículo 275 TFUE “pueda privar a los particulares de la tutela judicial efectiva frente a determinados actos pertenecientes al ámbito de la PESC no puede bastar para conferir al Tribunal de Justicia una competencia no prevista por los Tratados”<sup>1256</sup>. Por último, Francia, Polonia, Finlandia y Suecia - conscientes de que la Unión podría ser sistemáticamente condenada por la violación de los artículos 6 y 13 del CEDH – se apoyan en el artículo 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo y en los puntos 23 y 24 del Proyecto de informe explicativo<sup>1257</sup> para alegar que corresponde a los Estados miembros garantizar la tutela judicial efectiva<sup>1258</sup>. Sostienen que dichas disposiciones se introdujeron, precisamente, para evitar una condena a la Unión por vulnerar las citadas disposiciones del Convenio.

#### **4.5.3. La propuesta de la Abogada General Kokott: el papel de los tribunales nacionales en la tutela judicial de la PESC**

La Abogada General Kokott dedica una parte importante de sus conclusiones al análisis de la tutela judicial efectiva en la PESC<sup>1259</sup> y ella misma reconoce el carácter “polémico”

---

<sup>1255</sup> Apartado 134, Dictamen 2/13.

<sup>1256</sup> Apartado 135, Dictamen 2/13.

<sup>1257</sup> Puntos 23 y 24 del Informe explicativo:

“23. Under EU law, the acts of one or more Member States or of persons acting on their behalf implementing EU law, including decisions taken by the EU institutions under the TEU and the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as the “TFEU”), are attributed to the member State or member States concerned. In particular, where persons employed or appointed by a member State act in the framework of an operation pursuant to a decision of the EU institutions, their acts, measures and omissions are attributed to the member State concerned. Attribution to a member State does not preclude the EU from being responsible as a co-respondent. Conversely, under EU law, acts, measures and omissions of the EU institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf, are attributed to the EU. The foregoing applies to acts, measures or omissions, regardless of the context in which they occur, *including with regard to matters relating to the EU common foreign and security policy*. For the sake of consistency, parallel rules should apply for the purposes of the Convention system as laid down in Article 1, paragraph 4, of the Accession Agreement.

24. More specifically, as regards the attributability of a certain action to either a Contracting Party or an international organisation under the umbrella of which that action was taken, in none of the cases in which the Court has decided on the attribution of extra-territorial acts or measures by Contracting Parties operating in the framework of an international organisation was there a specific rule on attribution, for the purposes of the Convention, of such acts or measures to either the international organisation concerned or its members.” (Énfasis añadido)

<sup>1258</sup> Apartado 135, Dictamen 2/13.

<sup>1259</sup> Véanse los apartados 82 a 104 de las conclusiones de la Abogada General Kokott en lo referente a la tutela judicial efectiva en la PESC. La Abogada General Kokott dedica otro epígrafe a la “Falta de coincidencia entre los alcances respectivos de las atribuciones del TEDH y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el contexto de la PESC” (apartados 185 a 196). En relación a este segundo análisis, Kokott concluye en el apartado 196: “*No es incompatible con los Tratados que, con su adhesión al CEDH, la Unión reconozca la jurisdicción del TEDH*, siempre que en el Proyecto de Acuerdo se realicen las aclaraciones necesarias por lo que se refiere a la evaluación de la necesidad del pronunciamiento previo de nuestro Tribunal de Justicia (artículo 3, apartado 6, del Proyecto) y a la definición de las responsabilidades de los demandados

de esta cuestión<sup>1260</sup>. La Abogada General, al igual que los Estados miembros anteriormente citados, se opone a la interpretación extensiva de la Comisión. Kokott sostiene que el Ejecutivo de la Unión obvia la relación entre regla general y excepción que subyace en el artículo 275 TFUE y desnaturaliza el principio de no competencia de los tribunales de la Unión en la PESC establecido en el artículo 24.1 TUE<sup>1261</sup>. La Abogada General basa su interpretación del artículo 275 TFUE en los trabajos preparatorios de la Convención Europea, donde se debatió otorgar más competencias a los tribunales de la Unión en la PESC, pero no se alcanzó el consenso necesario, por lo que finalmente se les atribuyeron unas competencias reducidas<sup>1262</sup>. Kokott afirma que la interpretación que propone la Comisión implicaría una ampliación de las competencias de la Unión que resulta incompatible con el artículo 6 TUE<sup>1263</sup>. También considera errónea la jurisprudencia utilizada por la Comisión para sustentar su argumentación<sup>1264</sup>.

En segundo lugar, la Abogada General enfatiza el papel de los órganos jurisdiccionales nacionales en la protección judicial en el ámbito de la PESC<sup>1265</sup>. El sistema de tutela judicial de los Tratados se basa tanto en los órganos jurisdiccionales de la Unión como en los tribunales nacionales, de conformidad con el artículo 19 TUE<sup>1266</sup>. Por tanto, cuando un particular resulte afectado directa e individualmente por la ejecución de una medida en el ámbito PESC – bien sea por parte de los Estados miembros como por las instituciones de la Unión – tendrá la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales, salvo que excepcionalmente disponga de la facultad de reclamar directamente a los

---

y de los codemandados (artículo 3, apartado 7, del mismo Proyecto). Además, no afecta a la compatibilidad del Proyecto de Acuerdo con los Tratados el que en el ámbito de la PESC puedan someterse al TEDH cuestiones que escapen a la competencia de los tribunales de la Unión.”

<sup>1260</sup> Apartado 82, conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1261</sup> Apartado 89, conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1262</sup> Apartado 90, conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1263</sup> Apartado 91, conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1264</sup> Apartados 92, 93 y 94 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1265</sup> Véanse los apartados 96 a 100 de las conclusiones de la Abogada General Kokott. En la misma sintonía, Martín y Pérez de Nanclares – antes de la publicación del Dictamen – ya proponía: “En nuestra opinión, parece que cualquier solución debería pasar por considerar suficiente el control que en estos casos muy concretos pudieran ejercer los tribunales de los Estados dentro de una suerte de doctrina ampliada y flexibilizada del ‘juez nacional como juez comunitario’.” MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “cita con la ambición...” *op. cit.* p.388.

<sup>1266</sup> Artículo 19 TUE, apartado 1:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

*Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.” (énfasis añadido)*

tribunales de la Unión<sup>1267</sup>. El profesor Cristophe Hillion comparte esta postura de la Abogada General, al considerar que los tribunales nacionales tienen un papel complementario al de los tribunales de la Unión en la tutela judicial efectiva en el ámbito de la PESC<sup>1268</sup>. Según este autor, la restringida jurisdicción del poder judicial de la Unión en estos asuntos requiere una mayor implicación de los órganos jurisdiccionales nacionales para compensar la falta de competencia de aquél<sup>1269</sup>. El Tribunal en el ya mencionado Dictamen 1/09 también hacía referencia a los dos pilares sobre los que se asienta el sistema judicial de la Unión: el TJUE y los tribunales nacionales<sup>1270</sup>. Así, en dicho pronunciamiento el Tribunal afirmaba: “como resulta del artículo 19 TUE, apartado 1, el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros garantizan el respeto de ese ordenamiento jurídico y del sistema jurisdiccional de la Unión”<sup>1271</sup>. Unas líneas más adelante, sentenciaba: “incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables”<sup>1272</sup>.

Por último, la Abogada General no desaprovecha la oportunidad de expresar su parecer sobre la restringida jurisdicción de los tribunales de la Unión sobre la PESC – concretamente, la falta de potestad para decidir prejudicialmente y de una competencia exclusiva para pronunciarse sobre la validez de los actos al estilo de la sentencia *Foto-Frost* - calificándolo de “muy lamentable”<sup>1273</sup>. A pesar de estas limitaciones en la jurisdicción del Tribunal, considera que la tutela judicial efectiva de los particulares que exigen los artículos 6 y 13 del Convenio puede garantizarse, correspondiendo en parte a los tribunales de la Unión y en parte a los tribunales nacionales<sup>1274</sup>. Por esta razón, concluye que el acuerdo de adhesión no supone una amenaza para las competencias de la Unión<sup>1275</sup>.

---

<sup>1267</sup> Apartados 98 y 99 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1268</sup> HILLION, C. “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p. 61 y ss.

<sup>1269</sup> HILLION, C. “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* pp.62-63.

<sup>1270</sup> Véanse los apartados 66 a 69 del Dictamen 1/09.

<sup>1271</sup> Apartado 66 del Dictamen 1/09. En la versión inglesa, esta afirmación cobra aún más fuerza, ya que el TJUE habla de los “guardianes del ordenamiento jurídico”: “As is evident from Article 19(1) TEU, the guardians of [the] legal order and the judicial system of the European Union are the Court of Justice and the courts and tribunals of the Member States”.

<sup>1272</sup> Apartado 68 del Dictamen 1/09.

<sup>1273</sup> Apartado 101 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1274</sup> Apartados 102 y 103 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.

<sup>1275</sup> Apartado 103 de las conclusiones de la Abogada General Kokott.



#### 4.5.4. El temor del Tribunal a otorgar la jurisdicción “exclusiva” sobre la PESC al TEDH

Dada la trascendencia de un ámbito tan sensible políticamente y tan excepcional jurídicamente como la PESC – y que había suscitado tanta polémica durante las negociaciones del acuerdo – llama la atención la brevedad y la superficialidad de la argumentación del Tribunal en torno a esta cuestión. En primer lugar, Luxemburgo se limita a realizar una descripción de la peculiar situación jurídica de la PESC, en cuyo marco determinados actos “escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia”<sup>1276</sup>. No hay nada que objetar respecto a esta descripción de la limitada jurisdicción del TJUE pero sí en cuanto a esta manifestación tan sorprendente: “procede señalar que el Tribunal de Justicia aún no ha tenido ocasión de precisar el alcance de las limitaciones de su competencia resultantes, en materia de PESC, de dichas disposiciones”. Justamente, este Dictamen le brindaba en bandeja una ocasión única para hacer tal precisión y esclarecer un ámbito regulatorio que no brilla precisamente por su claridad. El TJUE sortea la cuestión – desaprovechando así una oportunidad de oro<sup>1277</sup> – y dirige el foco de atención hacia la segunda parte de su análisis. En ésta, el Tribunal recuerda que, como consecuencia de la adhesión tal y como está contemplada en el acuerdo previsto, el Tribunal de Estrasburgo podría pronunciarse sobre la conformidad con el Convenio de “ciertos actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del Tribunal de Justicia”<sup>1278</sup>. En este segundo pilar argumental, el TJUE se remite al Dictamen 1/09 para recordar que no puede

---

<sup>1276</sup> Véanse los apartados 249 a 252 del Dictamen 2/13.

<sup>1277</sup> Es de la misma opinión Géraldine Bachoué, que afirma: “À aucun moment, la CJUE ne se prononce sur la protection juridictionnelle dans le domaine de la PESC. C’est sans doute là l’une des plus grandes déceptions de cet avis. D’autant plus grande que les occasions de se prononcer sur la portée de la délimitation de ses compétences en matière de PESC sont rares.” BACHOUÉ, G. “Avis 2/13 de la CJUE: l’accord d’adhésion de l’UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l’Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après?” *Réseau universitaire européen dédié à l’étude du droit de l’Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)*, 31 de enero de 2015, disponible en: <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/31/droits-fondamentaux/3742/> (último acceso: 2 de febrero de 2015). En la misma línea, Cortés Martín señala: “este autor se pregunta si no era ésta precisamente la ocasión perfecta para aportar una renovada lectura de las disposiciones de la PESC a la luz del sistema jurídico establecido por el Tratado de Lisboa”, CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía versus sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.31.

<sup>1278</sup> Apartado 254 del Dictamen 2/13.

atribuirse *en exclusiva* a tribunales externos a la Unión la competencia para efectuar un control jurisdiccional sobre la actividad de la UE<sup>1279</sup>.

Sorprende sobremanera que la argumentación del Tribunal pivote en torno al Dictamen 1/09 cuando los hechos que dieron lugar a aquella decisión judicial diferían considerablemente del acuerdo que es objeto de análisis en el Dictamen 2/13<sup>1280</sup>. En efecto, el acuerdo sobre el Tribunal europeo y comunitario de patentes que dio lugar al Dictamen 1/09 suponía privar al Tribunal de Luxemburgo de competencias en el ámbito de la patente comunitaria que tenía en virtud de los Tratados<sup>1281</sup>. En cambio, el acuerdo de adhesión al Convenio no despojaría al TJUE de su competencia en el ámbito PESC, precisamente porque no la tiene – salvo las excepciones anteriormente mencionadas –, y que son los propios Tratados los que no se la han atribuido. Asimismo, mientras que en el acuerdo sobre patentes se preveía que todos los asuntos referentes a éstas fueran juzgados por un tribunal externo a la Unión – lo cual excluía a los tribunales nacionales –, la situación es diferente con la adhesión al CEDH. Si la Unión fuera Parte del Convenio, los órganos jurisdiccionales nacionales podrían seguir pronunciándose sobre cuestiones relativas a la PESC.

El Tribunal concluye su escueto análisis afirmando: “Por consiguiente, *aunque ello sea consecuencia de la regulación actual de las competencias del Tribunal de Justicia*, no deja de ser cierto que el acuerdo previsto no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC”<sup>1282</sup>. Como podemos inferir de la primera frase, el propio TJUE reconoce que la cuestión de fondo tiene su causa en el Derecho de

---

<sup>1279</sup> Apartado 256 del Dictamen 2/13. Como señala Miguel Azpitarte: “resuenan (...) con fuerza los tonos marcados por el Dictamen 1/09 a la hora de proteger la naturaleza del sistema judicial de la Unión frente a la potestad jurisdiccional de otras organizaciones internacionales”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión...” *op. cit.* p.261.

<sup>1280</sup> Varios autores subrayan estas diferencias. Ricardo Alonso considera que el Tribunal, al igual que hizo con la objeción relativa al artículo 344 TFUE, recurre a una “tergiversación” de su propia doctrina, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.28. En esta línea, véanse también BACHOUÉ, G. “Avis 2/13 de la CJUE...” *op. cit.*; JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.40.

<sup>1281</sup> Más concretamente, privaba a las jurisdicciones nacionales de pronunciarse en materia de patentes, lo cual suponía que no podían elevar cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, y en última instancia, éste no podía pronunciarse tampoco.

<sup>1282</sup> Apartado 257 del Dictamen 2/13, énfasis añadido.

la Unión y no en el acuerdo de adhesión. El problema, según el Tribunal, es que éste no tiene en cuenta “las características específicas del Derecho de la Unión”<sup>1283</sup>.

En su sucinto examen, el TJUE no da respuesta ni a las apreciaciones de la Comisión Europea ni a las alegaciones de los Estados miembros ni a las conclusiones de la Abogada General<sup>1284</sup>. Respecto a estas últimas, ni siquiera se pronuncia expresamente sobre el papel de los tribunales nacionales en el ámbito PESC. Los excluye de forma implícita del sistema judicial de la Unión al afirmar que “la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión (...) no puede atribuirse *en exclusiva* a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión”<sup>1285</sup>. Las palabras “en exclusiva” son muy reveladoras porque de ellas colegimos que únicamente el TEDH sería el encargado de controlar judicialmente los asuntos de la PESC, obviando así la tutela que podrían ejercer los tribunales nacionales<sup>1286</sup>. Según la profesora Spaventa, esta posición del Tribunal es “irónica”, ya que contrastaría con su pronunciamiento en el emblemático caso *Unión de Pequeños Agricultores*. En esta sentencia, el TJUE concluyó que los (exigentes) requisitos de legitimación activa para interponer un recurso de anulación ante el TJUE<sup>1287</sup> no suponían una laguna en la tutela judicial efectiva ya que los particulares podían

---

<sup>1283</sup> Desde el punto de vista de la estructura del Dictamen, llama la atención que el Tribunal dedique todo un bloque de objeciones – el primero, estudiado en el Capítulo III – a “las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión” y no englobe la cuestión de la PESC en el mismo si, según el TJUE, el problema es que el acuerdo no tiene en cuenta “las características específicas del Derecho de la Unión”. En el fondo, consideramos que el problema no residiría tanto en la toma en consideración de estas características, sino en la pretensión del TJUE de salvaguardar su exclusividad jurisdiccional – incluso en aquellas materias donde no tiene jurisdicción –, razón por la cual hemos incluido esta objeción en este capítulo.

<sup>1284</sup> Hace una brevísima referencia en el apartado 251 pero no da respuesta alguna: “Pese a la interpretación sistemática de estas disposiciones efectuada por la Comisión en su solicitud de dictamen y rebatida por algunos de los Estados miembros que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia (...). Zanja el asunto en el párrafo siguiente sin dar réplica a la interpretación realizada por la Comisión ni por los Estados miembros: “*basta observar* que, en el estado actual del Derecho de la Unión, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia” (énfasis añadido).

<sup>1285</sup> Apartado 256, Dictamen 2/13. Énfasis añadido.

<sup>1286</sup> Sobre esta exclusión de los tribunales nacionales, el profesor Hillion afirma lo siguiente: “For the Court of Justice, its exclusion from certain aspects of the CFSP sphere is seemingly tantamount to an exclusion of the whole EU judicial system including Member States’ courts as EU courts despite the express provision of Art. 274 TFEU, the unequivocal language of Opinion 1/09, and the obligations enshrined in Art. 19 TEU.” HILLION, C. “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.63.

<sup>1287</sup> Los requisitos para el *locus standi* en los recursos de anulación ante el TJUE se conocían como la fórmula “Plaumann”, ya que se establecieron en la sentencia de 15 de julio de 1963, *Plaumann*, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, estos requisitos se suavizaron al introducirse en el párrafo 4º del artículo 263: “Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.”

impugnar la validez del Derecho de la Unión ante los tribunales nacionales<sup>1288</sup>. Por tanto, en el caso *UPA*, el TJUE sí reconoció el importante papel que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros estaban llamados a cumplir, colmando las lagunas judiciales del sistema de la Unión. Por el contrario, en el Dictamen 2/13 obvia la labor que los tribunales nacionales pueden desarrollar en el ámbito de la PESC.

Por otro lado, es necesario tener presente un dato muy relevante: los Estados miembros decidieron introducir en los Tratados el mandato de adhesión al Convenio, y por consiguiente, no consideraron que había contradicción alguna con la limitada jurisdicción del Tribunal sobre la PESC<sup>1289</sup>. En efecto, mediante el artículo 6.2 del TUE, los Estados aceptaban someter toda la actividad de la Unión - incluido el ámbito PESC - a la jurisdicción de Estrasburgo. En cambio, teniendo en su poder la opción de incluir una

---

<sup>1288</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.53. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores, C-50/00, ECLI:EU:C:2002:462, especialmente el apartado 42: “En este contexto, y de conformidad con el principio de cooperación leal enunciado en el artículo 5 del Tratado, *los órganos jurisdiccionales nacionales* están obligados, en toda la medida de lo posible, a interpretar y aplicar las normas procesales internas que regulan la interposición de los recursos de modo que las personas físicas y jurídicas puedan impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otra medida nacional por la que se les aplique un acto comunitario de alcance general, invocando la invalidez de dicho acto.” (Énfasis añadido)

<sup>1289</sup> Este hecho lo pone de manifiesto la Abogada General Kokott en los apartados 193 y 194 de sus conclusiones: “Es imposible ya de entrada que surjan conflictos entre distintas jurisprudencias o riesgos para la estructura supranacional de la Unión en la medida en que los autores de los Tratados constitutivos de la Unión Europea hayan renunciado deliberadamente en un ámbito determinado, cual es aquí el de la PESC, a imponer una estructura supranacional y a que un órgano jurisdiccional de la propia Unión realice una interpretación uniforme y autónoma del Derecho de ésta. (...) “Lo anterior es tanto más válido respecto de la adhesión de la Unión al CEDH ahora planteada cuanto que, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 2, *los autores del Tratado de Lisboa otorgaron deliberadamente a las instituciones de la Unión atribuciones para realizar dicho proyecto y le confirieron mandato para ello sin haber dotado antes a la PESC de una estructura supranacional y, en particular, sin dotar antes a los tribunales de la Unión de una competencia jurisprudencial amplia*. Así pues, todo indica que los propios autores del Tratado de Lisboa no vieron ninguna contradicción entre la jurisdicción tan limitada que corresponde a los tribunales de la Unión en la PESC y el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH con ocasión de la adhesión de la Unión al CEDH” (énfasis añadido). En la misma línea, se pronuncia el editorial de la *Common Market Law Review*: “And, moreover and of utmost importance: the authors of the Lisbon Treaty have imposed on the Member States and the EU institutions an obligation for an accession of the Union to the ECHR and thereby foreseen an external control of CFSP measures, at the same time deliberately restricting the ECJ’s jurisdiction as to those measures. This strongly suggests that the authors of the Lisbon Treaty did not see any contradiction between the limited jurisdiction of the ECJ on the one hand (Art. 40 TEU, Art. 275(1) TFEU) and the recognition of jurisdiction of the ECtHR in CFSP matters on the other”, Editorial Comments, “The EU’s Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ!” *Common Market Law Review* nº 52, 1–16, 2015, p.13. En el mismo sentido, el profesor Jacqué afirma: “Lors de la conclusion du traité de Lisbonne, les États membres étaient conscients qu’en prévoyant l’adhésion de l’Union à la Convention, celle-ci couvrirait également la PESC alors même qu’à l’exception des mesures restrictives individuelles, la Cour de Justice n’était pas compétente en ce domaine”, JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.38.

disposición en los Tratados que otorgara jurisdicción completa al Tribunal de Luxemburgo sobre este ámbito, no decidieron hacerlo<sup>1290</sup>.

A pesar de estas consideraciones, el TJUE manifiesta que si no tiene competencia sobre esa materia, ningún otro órgano jurisdiccional puede tenerla<sup>1291</sup>. Esta conclusión del Tribunal no ha estado exenta de crítica<sup>1292</sup>. Como señala acertadamente el profesor Cortés Martín: “Parece dudoso que el TJUE pueda legítimamente reclamar exclusividad jurisdiccional en un ámbito en el que los autores de los tratados le privaron de competencias”<sup>1293</sup>. En este punto del Dictamen, se aprecia con claridad la actitud defensiva – por no hablar directamente de celos<sup>1294</sup> – del Tribunal no ya por salvaguardar la autonomía del Derecho de la Unión, sino más bien su posición de juez supremo y exclusivo. Esta postura puede tener consecuencias importantísimas para la tutela judicial efectiva de las víctimas de violaciones de derechos humanos<sup>1295</sup>. En efecto, el Tribunal

---

<sup>1290</sup> Véanse las palabras de Dubout: “il est suprenant que les États décident de soumettre la PESC au contrôle de la Convention mais refusent de le faire dans l’Union”, DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.86. A este respecto, Martín y Pérez de Nanclares señala: “En el fondo, da la sensación como si los jueces del TJUE estuvieran criticando a los Estados, de manera no muy distinta a lo ya reflejado respecto del art. 6.2 TUE por haber introducido en los tratados constitutivos un mandato de adhesión al CEDH sin ampliar a la par sus competencias jurisdiccionales en materia de PESC”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* nota 77, p. 848.

<sup>1291</sup> Ricardo Alonso llegar a comparar esta actitud no ya con la del perro del hortelano, sino con la del perro del pesebre. Conviene destacar este extracto que ilustra de forma muy literaria la actitud del Tribunal en cuanto a la objeción de la PESC: “Lo cual (...) podría inducir a comparar esta actitud del TJUE, en relación con la PESC, con la del perro del hortelano, que, en versión del refranero de Hernán Núñez de 1555, ni comería berzas ni las dejaría comer al extraño. Peor parado, añadido ahora, saldría el TJUE si esta comparación se hiciera con el perro no ya del hortelano, sino del pesebre, con el que Luciano de Samósata concluyó, en el siglo II, su diatriba contra el ignorante que compraba muchos libros y que nunca los prestaba, actuando así como el perro en el pesebre, que ni comería el grano ni lo dejaría comer al caballo (o al buey, en versión de la fábula, de tradición esópica, incorporada en la recopilación medieval bilingüe –latín/alemán- de Heinrich Steinhöwel). Así, mientras que el comportamiento del perro del hortelano podría insinuar cierto sentido del deber (la protección de la huerta del amo, entiéndase en el caso del Luxemburgo, del sistema político y jurídico de la Unión Europea frente a injerencias externas), el del perro en el pesebre no parece tener otro trasfondo que la pura envidia (no otro trasfondo, desde luego, tiene en algunas de las inmediatas traducciones al castellano del corpus esópico de Steinhöwel, donde la fábula del *canis in praeseptio* pasó a titularse la fábula de “el perro envidioso”; perro envidioso que, en la historia que nos ocupa, representaría a Luxemburgo, celoso de Estrasburgo, buey esópico al que el acuerdo de adhesión vendría a otorgar competencia directa sobre un ámbito del Derecho de la Unión, el de la PESC, excluido del control judicial en el seno de la propia Unión). ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* nota 134 p.28.

<sup>1292</sup> Por ejemplo, Steve Peers ha calificado esta objeción del Tribunal como “*mind-boggling*” (un desvarío, una alucinación). PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection” *op. cit.* p.5.

<sup>1293</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía versus sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.34.

<sup>1294</sup> Son muy esclarecedoras las palabras de Paul Gragl, que además titula el epígrafe dedicado a la PESC “*jealously unleashed*” (celos desencadenados): “it seems that this is the area where the CJEU cannot contain its jealousy anymore and follows the psychological pattern of entitlement and proprietariness, which can be expressed more informally as the simple “if I cannot have these judicial review powers, then no one can”, GRAGL, P. “The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.15.

<sup>1295</sup> Como apunta Steve Peers: “The CJEU’s position is that if it cannot have jurisdiction over CFSP, then no other international court can either. This could have major consequences, leaving the victims of serious

está indicando que prefiere aceptar que un particular esté totalmente desprovisto de protección judicial antes que consentir que otro órgano jurisdiccional examine la compatibilidad de una medida de PESC con el Convenio<sup>1296</sup>. Asimismo, la posición del TJUE puede tener relevantes implicaciones para la relación del Derecho de la Unión con el Derecho internacional. A la luz de la conclusión del Tribunal en el Dictamen, también sería incompatible con el Derecho de la Unión someter una disputa en materia de PESC – sobre la que no tuviera jurisdicción el TJUE – al Tribunal Internacional de Justicia<sup>1297</sup>. A este respecto, Martín y Pérez de Nanclares afirma: “El Tribunal de Justicia actúa como si para él no existiese el Derecho Internacional y pudiera sostener una suerte de aislacionismo jurídico en el *espacio europeo de los derechos humanos* que ronda el autismo”<sup>1298</sup>.

No obstante, conviene señalar que hay autores que han defendido la posición del Tribunal de Luxemburgo en cuanto a la PESC. Es el caso de Butler, que afirma que otorgar jurisdicción a una entidad como el Tribunal de Estrasburgo de un acto de la Unión habría sido “premature”, ya que “quizás algún día” al propio TJUE se le atribuya jurisdicción sobre la PESC. Según este autor, dar este poder al TEDH habría supuesto ir contra el ordenamiento jurídico “único” en cuya construcción el Tribunal de Luxemburgo ha trabajado tan duro a lo largo de las décadas<sup>1299</sup>. Por su parte, Halberstam considera que la Unión estaría en una posición desfavorecida respecto a las demás Partes contratantes, ya que el TJUE no podría ejercer una función “consolidadora” para armonizar el Derecho de la Unión en materia PESC antes de que éste llegara a Estrasburgo<sup>1300</sup>. Así, según Halberstam, la adhesión en los términos del proyecto de acuerdo convertiría al TEDH en

---

human rights violations without an effective remedy at the international level” PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare” *op. cit.* p. 220; En el mismo sentido, MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos...” *op. cit.* p.502: “No se considera aquí suficiente el argumento de la incompetencia del TJUE sobre el ámbito PESC para justificar la simultánea exclusión del ámbito de control del TEDH. Dicha exclusión podría suponer que víctimas de graves violaciones de derechos se queden sin un recurso efectivo en los niveles supranacional e internacional”

<sup>1296</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.53.

<sup>1297</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.848; PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare” *op. cit.* p. 220; PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.18.

<sup>1298</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.848.

<sup>1299</sup> BUTLER, G. “The Ultimate Stumbling Block? The Common Foreign and Security Policy, and Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights” *Dublin University Law Journal*, Vol. 39, February 2016, p.4. También interesa señalar estas palabras de la página 5 del mismo trabajo: “Opinion 2/13 has exposed the gapping technical holes in the law for accession to occur. It may be easy to point the finger at the Court for looking after its own interests and the jurisdiction of Union law in its sole grasp, but the CFSP circumstances and the arguments articulated by the Court on the current legal nature of CFSP do hold some merit”.

<sup>1300</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the autonomy, stupid...” *op. cit.* p.143.

el Tribunal Constitucional de la Unión<sup>1301</sup>. Consideramos esta visión exagerada. El hecho de que el TJUE no pueda ejercer tal “función consolidadora” se debe a la configuración de los propios Tratados, no al proyecto de acuerdo de adhesión. Además, hay que tener en cuenta que la PESC no es el único ámbito donde existiría una asimetría de jurisdicción. También sucede con el Derecho primario, sobre cuya validez el TJUE no tiene poder para pronunciarse, y por tanto, no tiene competencia para examinarlo a la luz de los derechos fundamentales<sup>1302</sup>. En ese caso, el Tribunal de Estrasburgo también revisaría la convencionalidad de una parte del Derecho de la Unión, en la que el TJUE no tiene cabida alguna. Es más, esta situación no es hipotética, sino que ya ha tenido lugar con anterioridad a la adhesión en el ya estudiado asunto *Matthews*<sup>1303</sup>.

#### 4.5.5. El difícil acomodo de esta objeción

La doctrina es prácticamente unánime en afirmar que la objeción relativa a la PESC es la más problemática de todo el Dictamen<sup>1304</sup>. Dado que el Tribunal considera que si no es competente para conocer de ciertos aspectos de la PESC, ninguna otra jurisdicción internacional podrá hacerlo, tan sólo se abrirían dos vías de actuación. La primera sería modificar el proyecto de acuerdo de adhesión y plantear una reserva material del ámbito de la PESC respecto del control del TEDH. No obstante, esta opción no es válida, ya que como vimos anteriormente, el artículo 57.1 del Convenio prohíbe las reservas de carácter general<sup>1305</sup>. Además de este obstáculo jurídico, desde un prisma político, no parece muy

---

<sup>1301</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the autonomy, stupid...” *op. cit.* p.141.

<sup>1302</sup> LOCK, T: “End of an Epic?...” *op. cit.* p.190.

<sup>1303</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court?...” *op. cit.* p.53.

<sup>1304</sup> Véanse como ejemplos: DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.86: “Seul le cas de la PESC pose un problème difficilement évitable à court terme, et l’on peut regretter la position de la Cour de justice sur cette question...”; GRAGL, P. “The Reasonableness of Jealousy...” *op. cit.* p.15: “The last group of arguments consists of only one point which goes to the very heart of EU law and might therefore be the most difficult to rebut”; KRENN, C. “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns...” *op. cit.* p.160: “The most controversial point of *Opinion 2/13* is the Court’s argument in relation to judicial review in Common Foreign and Security Policy (CFSP) matters”; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El Tribunal pierde el rumbo...” *op. cit.* p.848: “a la postre se trata probablemente del punto más problemático del dictamen”; PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare” *op. cit.* p. 220: “On the CFSP point, the Court’s objection is, with great respect, highly problematic”; ODERMATT, J. “A Giant step backwards? Opinion 2/13 on the EU’s accession to the European Convention on Human Rights, Working Paper No. 150 – February 2015, p.8: “The final issue raised by the Luxembourg Court – the Strasbourg Court’s jurisdiction over the EU’s CFSP – is the most troublesome”.

<sup>1305</sup> Además, el profesor Jacqué considera que esta exclusión iría contra el artículo 6 del TUE: “Le pis-aller serait d’exclure la PESC de l’accord d’adhésion. Dans ce cas, l’obligation prévue à l’article 6 qui envisage l’adhésion pour l’ensemble des politiques de l’Union ne serait pas respectée et l’accord des parties contractantes à la Convention ne serait pas facile à obtenir”, JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p. 42.

factible que el resto de Partes Contratantes no miembros de la Unión Europea aceptaran la exclusión de un ámbito material tan importante como es la política exterior de la Unión del acuerdo de adhesión. Una vez más, tal salvedad sería difícil de conciliar con la idea de que la Unión se integraría en el Convenio en “pie de igualdad”. Asimismo, este trato privilegiado podría abrir la veda para que otras Partes solicitaran también la exclusión de ciertas políticas sensibles del escrutinio del Tribunal de Estrasburgo<sup>1306</sup>. Sucedería lo mismo que lo que indicamos anteriormente con la objeción relativa al principio de confianza mutua. El Tribunal estaría solicitando una especie de “excepcionalidad” para la Unión Europea, convirtiéndolo en un obstáculo insuperable<sup>1307</sup>.

La segunda senda conduciría a una reforma de los Tratados para introducir una disposición que permita una jurisdicción completa de los órganos jurisdiccionales de la Unión sobre la PESC<sup>1308</sup>. Sin embargo, es evidente la reticencia de los Estados a otorgar esta atribución de competencia a Luxemburgo<sup>1309</sup>, ya que tuvieron una oportunidad de hacerlo a través del Tratado de Lisboa pero no hubo voluntad política. En suma, si los Estados miembros, que son al fin y al cabo los “*Masters of the Treaties*”, no desean atribuir una jurisdicción completa a los tribunales de la Unión sobre la PESC, no hay posibilidad de reforma.

Asimismo, parte de la doctrina ha reaccionado al unísono afirmando que, precisamente, la falta de jurisdicción completa del TJUE sobre la PESC es una de las razones que ponen de manifiesto la necesidad de la adhesión<sup>1310</sup>. Así, medidas de política exterior de la Unión que actualmente escapan al control jurisdiccional supranacional, pasarían a estar supervisadas por el Tribunal de Estrasburgo. El Parlamento Europeo se hacía eco de esa

---

<sup>1306</sup> KUIJER, M. “The accession of the European Union to the ECHR...” *op. cit.* pp. 29 y 30; LOCK, T. “End of an Epic?...” *op. cit.* p. 189.

<sup>1307</sup> Véase SPAVENTA, E. “A very fearful Court...” *op. cit.* p.48. Concretamente, respecto a la PESC en p.52.

<sup>1308</sup> Lo cual sería más que deseable. Como apuntan Carmen Martínez Capdevila e Irene Blázquez Navarro: “En una Unión regida por el principio de legalidad no parece convincente la defensa de un espacio de jurisdicción limitada del Tribunal en el ámbito PESC”, MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. “La incidencia del artículo 40 TUE...” *op. cit.* p.203.

<sup>1309</sup> ODERMATT, J. “A Giant step backwards?...” *op. cit.* p.11.

<sup>1310</sup> Véase, por ejemplo, DI COMITÉ, V. “Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13”, *La Comunità internazionale*, 2015 p.223-243, p.242: “Una breve considerazione merita la questione del controllo giurisdizionale della Corte EDU in relazione agli atti PESC, in quanto proprio in un ambito in cui la tutela dei diritti fondamentali è di importanza primaria, e la competenza giurisdizionale della Corte UE è “limitata”, un controllo esterno potrebbe rivelarsi di grande utilità per le vittime di violazioni di diritti umani”; ECKES C., “EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.283: “Particularly in the area of CFSP, EU accession to the ECHR could, from the perspective of the individual, make all the difference between having access to justice or not, since actions of the EU will no longer fall outside the personal scope of the Strasbourg Court’s jurisdiction”



necesidad en su Resolución de 19 de mayo de 2010 cuando declaraba: “la adhesión compensará en cierta medida el hecho de que el ámbito de competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra algo limitado en los asuntos de política exterior y de seguridad y en política policial y de seguridad, *asegurando una útil supervisión judicial externa de todas las actividades de la Unión*”<sup>1311</sup>. Por tanto, la jurisdicción del TEDH sobre esos asuntos eliminaría la laguna actualmente existente, particularmente en cuanto a la responsabilidad por las violaciones de derechos humanos cometidas por tropas militares fuera del territorio de la Unión<sup>1312</sup>. En efecto, en la actualidad, cuando las tropas actúan bajo el mando de un Estado Parte en el Convenio, el TEDH se declara competente<sup>1313</sup>, mientras que cuando intervienen bajo el mando de organizaciones internacionales como Naciones Unidas, su actividad escapa al control de Estrasburgo<sup>1314</sup>.

Por último, interesa destacar la visión del profesor Cortés Martín, que considera que se podría haber aceptado simplemente que algunos actos adoptados en el marco de la PESC se hubieran atribuido a la Unión, lo cual habría puesto de manifiesto una violación del artículo 13 del Convenio por no existir un recurso jurisdiccional efectivo en este ámbito. Una vez que el Tribunal de Estrasburgo hubiese revelado la ausencia de tutela judicial efectiva en la PESC, se habría hecho necesaria una futura revisión de los Tratados para otorgar jurisdicción completa al TJUE sobre esta área. Como señala Cortés: “En definitiva, cualquier solución antes que esta negativa, que choca de lleno con las esperanzas que había despertado en algunos la adhesión precisamente para colmar una laguna de protección jurisdiccional de los ciudadanos”<sup>1315</sup>.

---

<sup>1311</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)) de 19 de mayo de 2010, p.3. Énfasis añadido.

<sup>1312</sup> LOCK, T. “End of an Epic?...” *op. cit.* p. 190.

<sup>1313</sup> Lo cual demuestra que, antes de la adhesión, ese control externo sobre los actos PESC ya existe, pero se produce de forma imperfecta a la vez que injusta, ya que, de atribuirse responsabilidad, sólo se hace frente a los Estados y no frente a la Unión, como acertadamente señala Walter Michl: “The Court should have had the wisdom to acknowledge that an external control in CFSP matters is already possible whenever the alleged human rights violation is partly attributable to one of the Member States and that the accession agreement would at least have given the EU the possibility to defend itself – even if the Court itself had not been involved beforehand”, MICHL, W. “Still a flawed decision...” *op. cit.* p. 2.

<sup>1314</sup> Véase la decisión de inadmisibilidad del TEDH de 31 de mayo de 2007 en los asuntos *Behrami and Behrami v. France* (solicitud 71412/01) and *Saramati v. France, Germany and Norway* (solicitud 78166/01).

<sup>1315</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía versus sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.35.

## CAPÍTULO V: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA TRAS EL DICTAMEN 2/13

### 5.1. Reflexiones a la luz del Dictamen 2/13

#### 5.1.1. La salvaguardia del ordenamiento jurídico de la Unión en detrimento de la protección de los derechos humanos

##### 5.1.1.1. Utilización de retórica “constitucionalista” y de la naturaleza *sui generis* de la Unión

Uno de los aspectos más destacados del Dictamen 2/13 es la utilización de un lenguaje dotado de una alta carga de “constitucionalismo”<sup>1316</sup>. El Tribunal habla de “carta constitucional”<sup>1317</sup> al referirse a los Tratados o de “estructura constitucional de la Unión”<sup>1318</sup>. A través de esta retórica, el TJUE enfatiza la naturaleza específica de la Unión, hasta tal punto que Nicolas Hervieu lo denomina “soberanía unionista”<sup>1319</sup>. Esta insistencia del Tribunal en situarse deliberadamente en el terreno constitucional muestra su papel de guardián de los Tratados y que no está dispuesto a sacrificar ni su especificidad ni su autonomía<sup>1320</sup>.

Cobra extraordinaria importancia la afirmación de que la Unión no es un Estado, algo que ya sospechábamos, pero que nunca habíamos leído en las palabras del Tribunal de forma

---

<sup>1316</sup> La ocasión lo merecía. El Tribunal, al redactar este dictamen, se enfrentaba, en palabras de Martín y Pérez de Nanclares, a “un importante desafío de profundo calado constitucional”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición...” *op. cit.* p.380.

<sup>1317</sup> Apartado 163 del Dictamen 2/13.

<sup>1318</sup> Apartado 165 del Dictamen 2/13. Tampoco conviene olvidar, como ya se ha señalado en este trabajo, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos también ha sido denominado por el propio Tribunal de Estrasburgo como un “instrumento *constitucional* de orden público europeo” (sentencia del TEDH de 23 de marzo de 1995 en el asunto *Loizidou v. Turkey*, nº solicitud 15318/89, apartado 75). Denys Simon señala a este respecto que, tanto en el caso del Convenio como en el de los Tratados de la Unión, se trata de afirmar la autonomía de unos cuerpos jurídicos que, aunque fundados sobre tratados internacionales, van más allá de su “patrimonio genético interestatal” y han adquirido una autonomía tal que justifica la utilización de un vocabulario constitucional. SIMON, D. “Des influénces reciproques entre CJCE et CEDH: Je t’aime, moi non plus” *op. cit.* p.45.

<sup>1319</sup> HERVIEU, N. “Cour européenne des droits de l’homme: De l’art de la résilience juridictionnelle”, *Revue des droits de l’homme*, 2015, disponible en: <http://revdh.revues.org/1062> (último acceso: 16 de enero de 2017) p.8. Además, este autor señala que resulta paradójico que el Tribunal de Luxemburgo recurra a esos mismos principios y argumentos que tradicionalmente han utilizado las jurisdicciones constitucionales nacionales para oponerse a la Unión Europea.

<sup>1320</sup> LABAYLE, H. La guerre des juges n’aura pas lieu...” *op. cit.* p.4: Jacqué considera que con este Dictamen, el Tribunal no sólo actúa de “guardián de los Tratados” sino de “guardián de la especificidad del Derecho de la Unión”. JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l’avis 2/13 de la Cour de Justice” *op. cit.* p.20.

explicita<sup>1321</sup>. Aunque se trata de la constatación de una evidencia, en este caso concreto tiene una especial relevancia para justificar la singularidad de un ente como la Unión en relación a la de cualquier otra Parte durante el procedimiento de adhesión al Convenio<sup>1322</sup>. Esta diferenciación de la Unión Europea respecto del resto de Partes en el CEDH – como es bien sabido, todos son Estados – y la preservación de la especificidad de su ordenamiento jurídico constituyen el *leitmotiv* que guía todo el Dictamen<sup>1323</sup>. Dubout da la siguiente explicación a esta actitud: la adhesión ha enviado de nuevo a la Unión a su atavismo internacional, lo cual ha forzado al TJUE a abrir una nueva etapa argumentativa destinada a reactivar la fórmula de “la naturaleza específica original” de la sentencia *Costa Enel* y a anclarla en las características más profundas de la Unión<sup>1324</sup>. Por eso, el Tribunal dedica una buena parte de sus consideraciones preliminares a explicar – da la sensación de que está adelantando ya la justificación de la conclusión a la que llega – conceptos básicos del Derecho de la Unión, como la autonomía o sus características específicas<sup>1325</sup>.

Un buen ejemplo de esta retórica sobre la naturaleza especial de la Unión lo aporta el apartado 158, donde el TJUE establece que “la circunstancia de que la Unión esté dotada de un ordenamiento jurídico de una nueva índole, *con una naturaleza específica, un marco constitucional y principios fundacionales propios*, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento, entraña consecuencias en lo que respecta al procedimiento y las condiciones de una adhesión al CEDH”<sup>1326</sup>. A lo largo del Dictamen, y a través de las

---

<sup>1321</sup> Dictamen 2/13, apartado 156: “Ahora bien, esas modificaciones se justifican precisamente por el hecho de que, contrariamente a cualquier otra Parte Contratante, la Unión, desde el punto de vista del Derecho internacional, *no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado*” (Énfasis añadido). Conviene señalar que ya el propio borrador de acuerdo de adhesión aclaraba en su preámbulo que la Unión no es un Estado para justificar ciertos ajustes al sistema del Convenio: “Having regard to the specific legal order of the European Union, *which is not a State*, its accession requires certain adjustments to the Convention system to be made by common agreement” (Énfasis añadido).

<sup>1322</sup> JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l’avis 2/13 de la Cour de Justice”, *Cahiers de Droit Européen* 2015 n° 1, p. 19-45, p.21.

<sup>1323</sup> En efecto, el Tribunal no deja de subrayar a lo largo de todo el Dictamen el carácter original y excepcional de la Unión Europea respecto del resto de Partes contratantes. Henri Labayle lo describe utilizando la siguiente metáfora: “Cette originalité profonde et sans équivalent va faire ici office de pierre de touche, à l’image de celles permettant autrefois de distinguer l’or de l’argent, dans le métal en fusion” LABAYLE, H. “La guerre des juges n’aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l’avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de l’Union à la CEDH”, *Blog GDR-ELSJ*, 22 décembre 2014, <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/> (último acceso: 4 de enero de 2017).

<sup>1324</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.76.

<sup>1325</sup> Véanse las consideraciones preliminares en los apartados 153-177.

<sup>1326</sup> Énfasis añadido.

diez objeciones planteadas, el Tribunal magnifica hasta el extremo la especificidad del Derecho de la Unión<sup>1327</sup>. Como indica la profesora Salinas de Frías, el TJUE realiza una “interpretación absolutamente *restrictiva, obsesiva e intocable* de la especialidad de la UE como organización y de su ordenamiento jurídico”<sup>1328</sup>.

El ángulo de ataque del Tribunal va a consistir, precisamente, en demostrar que los negociadores del borrador de acuerdo no han tenido en cuenta esta naturaleza específica<sup>1329</sup>. Esta crítica por parte del TJUE se refleja especialmente en el apartado 193, donde afirma que “el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto, consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante, ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la Unión”<sup>1330</sup>. En este punto cabe recordar un aspecto clave de la elaboración del acuerdo de adhesión. Los negociadores se vieron ante la difícil tarea de buscar un punto de equilibrio entre dos objetivos enfrentados: por un lado, debían asegurar que la Unión se adhiriera al Convenio, en la medida de lo posible, en pie de igualdad respecto al resto de Partes contratantes<sup>1331</sup>.

---

<sup>1327</sup> Krenn señala: “The Court’s argument is simple. For the Court, autonomy, primacy, mutual trust, and other constitutional features are all specific characteristics of the EU; part of its *sui generis* character. Hence, all the concerns it raises need to be incorporated into such an agreement”, KRENN, C. “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns...” *op. cit.* p.162; Conviene destacar las ingeniosas palabras de Labayle sobre la demanda del Tribunal de que se tenga en cuenta la especificidad de su Derecho: “Faisant siennne une affirmation de Margaret Thatcher à propos des traités communautaires pour la retourner à son profit, la Cour de justice refuse ici le prêt-à-porter pour exiger du sur mesure”, LABAYLE, H. “La guerre des juges n’aura pas lieu...” *op. cit.* p.7.

<sup>1328</sup> SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos...” *op. cit.* Énfasis añadido.

<sup>1329</sup> LABAYLE, H. “La guerre des juges n’aura pas lieu...” *op. cit.* p.4. Recordemos que el Protocolo nº 8, establece en su artículo 1 un mandato a los negociadores: “El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo «Convenio Europeo»), contemplada en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, *estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión*” (Énfasis añadido); Como acertadamente señalan De Witte e Imammovic: “The key argumentative strategy of the Court, in this part of the Opinion, is to transform the reference made in Protocol 8 to the “specific characteristics of the EU and EU law” into a complex and demanding standard to be met by the Accession Agreement.” DE WITTE and IMAMOVIC, S. Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.694; Según Nanopoulos, las cinco categorías de objeciones expresadas por el TJUE podrían reducirse a que el acuerdo pone en peligro las características específicas de la Unión y de su Derecho, NANOPOULOS, E. “Killing two birds with one stone? The Court’s of Justice Opinion on the EU’s accession to the ECHR” *Cambridge Law Journal*, 74(2), julio 2015, pp. 185–221, p.185.

<sup>1330</sup> Henri Labayle coincide con el Tribunal en que los negociadores fueron indiferentes a la singularidad de la lógica comunitaria: “La poutre maîtresse sur laquelle repose l’argumentaire de la Cour de justice est peu discutable, de notre point de vue. Refusant la dilution conventionnelle, fruit d’une négociation passablement indifférente à l’originalité de la logique communautaire, le juge de Luxembourg cultive sa différence et entend la conserver, sans que l’on se sente obligé d’en conclure à la fin du monde.” LABAYLE, H. “La guerre des juges n’aura pas lieu...” *op. cit.* p.7.

<sup>1331</sup> Según Odermatt, los negociadores del acuerdo se basaron en el principio de que todas las Partes contratantes debían ser tratadas de la misma manera, salvo que circunstancias especiales requiriesen ser considerados de forma diferente. Para el Tribunal debería haber sido al contrario, la naturaleza única del ordenamiento jurídico de la Unión debería haber sido el punto de partida. Además, este autor considera que

Esto no sólo aseguraría que la Unión no recibiría un trato especial, sino que garantizaría que los derechos del Convenio fueran protegidos de igual manera, independientemente de que la violación derivara de la actuación u omisión de un Estado miembro o de la Unión<sup>1332</sup>. Por otra parte, dado que la Unión no es un Estado, se tuvieron que realizar ciertos arreglos jurídicos para tener en cuenta tal situación. Con esa afirmación del apartado 193, el Tribunal parece olvidar todos los ajustes que se forjaron para adecuar la naturaleza *sui generis* de la Unión, como el mecanismo del codemandado o el procedimiento de intervención previa, ausentes en las relaciones de cualquier otra Parte contratante con el sistema del Convenio<sup>1333</sup>. Además es llamativo que, mientras el TJUE exige a los negociadores una altísima consideración hacia las características del Derecho de la Unión, este mismo órgano jurisdiccional no hace una sola referencia al importante lugar que ocupa el Convenio en el espacio constitucional europeo<sup>1334</sup>.

También convendría tener en cuenta que los temores del Tribunal no son tan específicos de la Unión como alega. Al contrario, el resto de Partes contratantes también se preocupan por la autonomía de su ordenamiento jurídico, su efectividad, su uniformidad y las prerrogativas de sus tribunales<sup>1335</sup>. A pesar del énfasis en la naturaleza específica de la Unión, el TJUE no explica por qué el Derecho de la Unión estaría más amenazado por el escrutinio externo del Tribunal de Estrasburgo que los ordenamientos jurídicos nacionales del resto de Partes del Convenio<sup>1336</sup>. Precisamente por el hecho de que la autonomía, la efectividad y la uniformidad son preocupaciones comunes a todos los sistemas

---

los negociadores pretendían salvaguardar la autonomía siguiendo una concepción más estrecha de ésta, mientras que el TJUE utilizó en el Dictamen una noción muchísimo más amplia, ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.17.

<sup>1332</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.15.

<sup>1333</sup> Catherine Barnard justifica la reacción del Tribunal con la siguiente metáfora: “The DAA focused on the state of the soft furnishings of the house – the carpets and curtains - rather than on the structural soundness of the entire edifice. But the Court was much more concerned with the edifice rather than the soft furnishings” BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining” *op. cit.* p.2.

<sup>1334</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p. 517.

<sup>1335</sup> KRENN, C. “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns...” *op. cit.* p.148.

<sup>1336</sup> O’NEILL A. “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty” *Eutopia law blog*, 18 de diciembre de 2014, disponible en: <http://eutopialaw.com/2014/12/18/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-the-cjeu-as-humpty-dumpty/> (último acceso: 8 de enero de 2017) p. 5. En el mismo sentido, Douglas Scott se plantea: “Would ECHR membership under the terms of the draft Accession Agreement compromise the autonomy of the EU system any more than the autonomy of the ECHR’s state contracting parties is presently compromised? This seems unlikely, in which case it is unclear why the EU should expect membership on different terms” DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’: A response to Daniel Halberstam”, *Verfassungsblog*, 13 marzo 2015, disponible en: <http://www.verfassungsblog.de/en/opinion-213-and-the-elephant-in-the-room-a-response-to-daniel-halberstam/#.VQR9H885DIU> (último acceso: 20 de agosto de 2016)

jurídicos<sup>1337</sup>, el Convenio prescribe normas para protegerlos. Estas salvaguardas consistirían en el principio de subsidiariedad, establecido en el artículo 35 del Convenio o la posibilidad de realizar reservas, de conformidad con el artículo 57 del CEDH. Existiría además una aceptación común de los efectos internos que conlleva el hecho de formar parte del sistema del Convenio<sup>1338</sup>.

#### **5.1.1.2. La expansión del concepto de autonomía**

El Dictamen 2/13 constituye uno de los pronunciamientos más importantes sobre la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión hasta la fecha<sup>1339</sup>. En este sentido, la clave no radicaría en saber si este Derecho es aún autónomo – ya que el Tribunal se encarga de subrayar que lo es de forma reiterada a lo largo de todo el Dictamen<sup>1340</sup> – sino de cómo se impone ese paradigma frente al ordenamiento jurídico internacional<sup>1341</sup> y frente a otros principios de la propia Unión<sup>1342</sup>. En efecto, hoy en día no se cuestiona el carácter autónomo del Derecho de la UE<sup>1343</sup>, pero sí nos preguntamos hasta qué punto puede extenderse el concepto de autonomía para llegar a elevarse incluso sobre la protección de los derechos humanos. Es evidente que la adhesión de la Unión al Convenio supone un reto para la autonomía, provocando una elección entre dos nociones de este concepto: una absoluta y otra relativa<sup>1344</sup>. El Tribunal en el Dictamen 2/13 ha optado

---

<sup>1337</sup> Sin embargo, ninguno de los 47 miembros del Consejo de Europa opuso resistencia basándose en la autonomía de sus ordenamientos jurídicos cuando aceptaron someterse al escrutinio de una autoridad externa internacional como es el TEDH. POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *op. cit.* p.2.

<sup>1338</sup> KRENN, C. “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns...” *op. cit.* p.163.

<sup>1339</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p. 15.

<sup>1340</sup> Como afirma Edouard Dubout, la retórica de la autonomía de omnipresente a lo largo de todo el Dictamen. DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.77.

<sup>1341</sup> Cuestión que será abordada en el epígrafe 5.1.1.3.

<sup>1342</sup> Cuestión que será analizada en el epígrafe 5.1.1.4.

<sup>1343</sup> Como oportunamente señala Cortés Martín: “Incluso si personalmente pienso que el principio de autonomía no parece requerir hoy la defensa a ultranza de los años sesenta o setenta, cuando la misma fisonomía jurídica de la entonces Comunidad estaba por definir, de los precedentes citados cabe deducir que es una doctrina asentada en la jurisprudencia del Tribunal, en particular, la relativa a las relaciones exteriores de la Unión” CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.8.

<sup>1344</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p.80. Dubout explica que sólo la concepción relativa de autonomía es compatible con la adhesión.

rotundamente por la primera<sup>1345</sup>, dejando poco margen para que la adhesión se convierta en una realidad<sup>1346</sup>.

Esta noción de autonomía se sitúa en el contexto del proceso de “autonomización” que el TJUE inició cuando entró en vigor el Tratado de Lisboa<sup>1347</sup>. Si bien el Dictamen puede estar en sintonía con la línea jurisprudencial iniciada en ese hito temporal, lo cierto es que no hay una decisión del Tribunal tras 2009 que enfatice la autonomía del Derecho de la Unión en la magnitud que lo hace este Dictamen. De hecho, buena parte de la doctrina se ha hecho eco de esta monumental expansión del concepto de autonomía por parte del Tribunal. En efecto, Cortés Martín apunta a la “exacerbada” protección de este principio en este pronunciamiento<sup>1348</sup>. Según Martín y Pérez de Nanclares, el TJUE acoge en esta decisión una “concepción absoluta y política de la autonomía del ordenamiento de la Unión, erigiéndolo en una suerte de «megaprincipio» o «principio de principios»”<sup>1349</sup>. Este autor afirma que “la Unión pretende estirar los confines de la autonomía más allá de lo recomendable” y sostiene que el Tribunal está anclado en una “visión reduccionista y egocéntrica de la autonomía”<sup>1350</sup>. Sánchez Patrón asevera que es esta “concepción exigente y estricta” de la singularidad y la autonomía de la UE la que ha conducido al Tribunal a rechazar el acuerdo de adhesión<sup>1351</sup>. Según Tobias Lock, el TJUE ha movido

---

<sup>1345</sup> A diferencia de la Abogada General Kokott, que no emplea una noción absoluta y excluyente de la autonomía en sus conclusiones. Así, la Abogada General consigue salvaguardar efectivamente la autonomía del Derecho de la Unión y a la vez prestar atención a los objetivos del Tratado de Lisboa en materia de derechos fundamentales. HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.512.

<sup>1346</sup> Douglas Scott se plantea si tiene sentido esa insistencia en la autonomía: “One might wonder about the aptness and pertinence of such a focus on autonomy in the context of accession to a human rights convention, particularly in the contemporary legal order, in which domestic and international law are often entangled, formal hierarchies are hard to locate, and a ‘constitutional pluralism’ of orders within Europe might seem to require dialogue rather than an insistence on autonomy”, DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’...” *op. cit.*

<sup>1347</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p. 485; En esta misma línea, GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court *Human Rights Law Review* 17(2), 2017, p.6: “Opinion 2/13 could thus be interpreted as an illustration of the increasing Charter centrism and the tendency in the CJEU to autonomously interpret the Charter without reference to the ECHR and the case law of the ECtHR; a trend which can be contrasted with the CJEU’s past practice. For CJEU judges and référendaires, citing Strasbourg less often is a way to underline the importance, the autonomy and the higher level of protection of the EU’s ‘own catalogue’ of fundamental rights” Sobre la “autonomización” del Tribunal de Luxemburgo respecto del Convenio y del Tribunal de Estrasburgo, véase el 2.2.1.3. del Capítulo II del presente trabajo.

<sup>1348</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía versus sumisión a un control externo...” *op. cit.* p. 2.

<sup>1349</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.844.

<sup>1350</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.860.

<sup>1351</sup> SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: los dictámenes del Tribunal de Justicia y el posicionamiento del Estado español”, comunicación AEPIRI 2015, p.14.

las porterías y, sin admitirlo expresamente, ha extendido el significado de la autonomía del Derecho de la Unión<sup>1352</sup>. Odermatt considera que en el Dictamen este concepto se define en “términos de exclusión, incluso de aislamiento”, no en términos de interacción e integración<sup>1353</sup>.

Así, el Tribunal se ha centrado en la dimensión negativa de la autonomía, es decir, en asegurar que el ordenamiento jurídico de la Unión está protegido de amenazas externas. Este enfoque ha provocado que el TJUE se concentre menos en la parte positiva de la autonomía, lo cual permitiría a la Unión desenvolverse como un actor diferenciado (de los Estados miembros) en el plano internacional<sup>1354</sup>. En este sentido, Pirker y Reteinmeyer hacen referencia a dos tipos de autonomía: la “discursiva” – tendente al diálogo - y a la “excluyente”<sup>1355</sup> – proclive al aislamiento -. La opción del Tribunal por esta última se hace especialmente patente en las objeciones relativas al conflicto entre los artículos 53 del Convenio y de la Carta, el principio de confianza mutua, el Protocolo nº 16, el artículo 344 del TFUE y la PESCE. Estos problemas identificados por el Tribunal son manifestaciones de un ensalzamiento tan elevado del concepto de autonomía<sup>1356</sup>, que incluso parece de “inspiración divina”<sup>1357</sup>; la autonomía (casi) como una cuestión de fe.

---

<sup>1352</sup> LOCK, T. “The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?” *EU Constitutional Law Review*, Forthcoming; Europa Working Paper No 2015/02; Edinburgh School of Law Research Paper No. 2015/18, junio 2015. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2616175> (último acceso: 25 de julio de 2016), p.3.

<sup>1353</sup> ODERMATT, “When a fence becomes a cage...” *op. cit.* p.19.

<sup>1354</sup> ODERMATT, “When a fence becomes a cage...” *op. cit.* p.2.

<sup>1355</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p. 19.

<sup>1356</sup> No se trataría solamente de un ensalzamiento del concepto de autonomía, sino también de una concepción errónea, según explica magistralmente Karine Caunes: “En fondant son raisonnement sur la préservation nécessaire de l’« autonomie » européenne, la Cour méconnaît la nature même du concept d’autonomie ou souveraineté et tombe dans l’écueil de son paradoxe. En effet, le paradoxe de la souveraineté consiste à trouver la réponse à la question suivante: la souveraineté peut-elle être limitée? Comment un ordre juridique souverain peut-il se soumettre à des obligations externes? Réponse: en étant la source de sa propre soumission, c’est-à-dire en y ayant consenti. Souveraineté-prérogative (choix) et souveraineté-obligation (soumission) sont les deux facettes d’une même pièce. Toute expression de souveraineté par la conclusion d’un traité international est également une limitation de celle-ci. La souveraineté apparaît alors comme un concept opérationnel en ce qu’elle ne fait pas obstacle aux relations avec d’autres systèmes juridiques tout en permettant de préserver les caractéristiques essentielles inhérentes audit système. La souveraineté ainsi conçue est le concept par excellence de l’identité-ipséité, une identité ouverte.” CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.462.

<sup>1357</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p. 860. Es muy ilustrativa la comparación que Christian Tomuschat utiliza en el título de su trabajo “la autonomía de la Unión Europea como el Santo Grial”, TOMUSCHAT, C. “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral — Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2015.



Eeckhout señala un dato muy importante; si el propio Tribunal ha construido el sistema de protección de derechos humanos basándose en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los tratados internacionales a los que los Estados miembros se han adherido (especialmente, el Convenio<sup>1358</sup>) no puede reclamar la autoridad exclusiva y absoluta para la operación de ese sistema<sup>1359</sup>. Asimismo, Paul Gragl declara que, teniendo en cuenta la importancia de la futura adhesión, es sumamente cuestionable una autonomía absoluta respecto a la protección de los derechos humanos bajo un sistema internacional como el del Convenio<sup>1360</sup>. Cruz Villalón también sostiene que es necesario no mantener una concepción absoluta de autonomía y ceder en algunos aspectos, ya que se debe pagar un precio por el hecho de que la Unión pase a formar parte del Convenio<sup>1361</sup>. Es lo que Pirker y Reteinmeyer denominan “*acceptable losses of autonomy indispensable to the achievement of the stated objective*”<sup>1362</sup>. En este mismo sentido, Dubout considera que la autonomía no constituye un obstáculo insuperable por principio, pero plantea el problema del grado de afectación “tolerable” para lograr la preservación del ordenamiento jurídico de la Unión<sup>1363</sup>.

---

<sup>1358</sup> Véase, entre otros, el apartado 283 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461: “Los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. El CEDH reviste en este contexto un significado particular”

<sup>1359</sup> EECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.179. En el mismo sentido, Miguel Azpitarte afirma: “una vez que el Tratado sitúa a los derechos fundamentales como presupuesto del ordenamiento y su reconocimiento y sentido se vinculan al Convenio y a las tradiciones constitucionales, esta responsabilidad de sistematicidad, que en esencia sigue perteneciendo al Tribunal, ha de ser modulada y completada por el TEDH y los Tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.45.

<sup>1360</sup> GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* *op. cit.* p.25.

<sup>1361</sup> CRUZ VILLALÓN, P. “Rights in Europe – The Crowded House...” *op. cit.* p.19: “The ‘principle of autonomy’ of EU law, has been repeatedly presented as a specific difficulty for the acts of the Union to be controlled by the ECtHR. And the truth is that the involvement of the Union in proceedings before the ECtHR, originating in national acts issued in transgression of the Convention, is a source of problems. Certainly, the mere fact of the accession to the Convention system by a supranational polity is unprecedented. But I tend to think that, at the end of the day, we cannot have both, at least not in exactly the same terms. There is a certain price to pay for the fact of the EU becoming a party to the Convention.”

<sup>1362</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p. 19.

<sup>1363</sup> DUBOUT, E. “Une question de confiance...” *op. cit.* p. 77.

Por tanto, la cuestión crucial es cómo se puede conciliar la adhesión con la autonomía del Derecho de la Unión sin poner en peligro aquél sistema. Por eso, en este trabajo nos cuestionamos dónde debe encontrarse ese punto de equilibrio entre la defensa de la autonomía de la Unión y una efectiva protección de los derechos fundamentales. Efectivamente, si la adhesión preservara la autonomía pero disminuyera los estándares de protección garantizados por aquél, todo el procedimiento perdería su sentido y el propósito originario de la adhesión<sup>1364</sup>. Hay autores que van más allá y se preguntan si tiene sentido siquiera invocar la autonomía de cualquier ordenamiento jurídico cuando está en juego la protección de los derechos humanos<sup>1365</sup>. En este sentido, cobran interés las palabras de Araceli Mangas, que parecen premonitorias del Dictamen 2/13: “amigo Sancho, con el Tribunal de Justicia y su coartada de la autonomía del Derecho Comunitario hemos topado...”<sup>1366</sup>.

#### **5.1.1.3. Implicaciones de esta concepción de autonomía para la relación del Derecho de la Unión con el Derecho Internacional**

Esta expansión del concepto de autonomía hacia límites insólitos no es insignificante, sino que marca un hito en la relación del ordenamiento jurídico de la Unión con el Derecho internacional<sup>1367</sup>. Un ejemplo muy ilustrativo de cómo se impone aquél sobre éste último lo encontramos en el apartado 170 del Dictamen: “la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con

---

<sup>1364</sup> GRAGL, P. *The Accession of the European Union...* op. cit. p.9. En esta línea, MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos...” op. cit. p.515: “No se trata de adecuar el sistema del CEDH a las características propias del sistema de la UE. La autonomía de este último y la consecuente exclusividad del Tribunal de Luxemburgo en la interpretación de los Tratados constitutivos no puede o, mejor dicho, no debe imponerse a una efectiva mejora de la protección de los derechos en Europa”.

<sup>1365</sup> El director del Servicio Jurídico del Consejo de Europa, Jorg Polakiewicz se plantea: “As a matter of principle, it can be questioned whether it is appropriate to invoke the autonomy of any legal order when it comes to the protection of human rights”, POLAKIEWICZ, J. “The future of fundamental rights protection without accession...” op. cit.; KRÜGER, H.C. “Reflections concerning accession...” op. cit. p.95 “But is it appropriate to talk of autonomy when the protection of fundamental and human rights is the issue?”.

<sup>1366</sup> MANGAS MARTÍN, A. “Estudio preliminar a la 8ª edición del Tratado de la Unión Europea. Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario”, Tecnos, 2000, p.40.

<sup>1367</sup> Groussot, Hettne y Petursson afirman: “The Opinion 2/13 constitutes a ‘constitutional speech act’ towards international law”, GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence...” op. cit. p.18. Como señala acertadamente Stephan Schill, el Dictamen 2/13 no versa exclusivamente sobre derechos humanos, sino también de forma más genérica sobre la relación del Derecho de la Unión con el Derecho internacional y la interacción del TJUE con otros tribunales internacionales, SCHILL, S. “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?” *The Journal of world investment & trade* 16 (2015) pp. 379-388, p.379.

respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales *se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión*<sup>1368</sup>. También es paradigmático el apartado 186: “las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, *no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH*”<sup>1369</sup>. De estos párrafos se infiere el enfoque “eurocéntrico” que adopta el Tribunal, en detrimento de una visión más internacionalista<sup>1370</sup>.

El Dictamen ha sido comparado con *Kadi*<sup>1371</sup>, dado que ambas decisiones abordan los principios constitucionales de la Unión en sus relaciones exteriores<sup>1372</sup>. De hecho, el TJUE hace constantes referencias en el Dictamen 2/13 a aquella sentencia<sup>1373</sup> - buque insignia del discurso de la autonomía en su dimensión externa, como vimos en el Capítulo III -. Sin embargo, pese a que sendos pronunciamientos tienen importantes elementos común, la utilización que el Tribunal ha hecho de aquél concepto es distinta en una y otra decisión. Así, mientras *Kadi* tuvo como resultado una mayor protección de los derechos humanos, el Dictamen ha ido en la dirección opuesta<sup>1374</sup>. Según Catherine Barnard, la

---

<sup>1368</sup> Énfasis añadido.

<sup>1369</sup> Énfasis añadido.

<sup>1370</sup> Sostiene González Vega: “El Tribunal de la UE opta por el retraimiento y el alejamiento del derecho internacional —y de los mecanismos asociados con él— (...), GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.42.

<sup>1371</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

<sup>1372</sup> JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...” *op. cit.* p.21. Eeckhout afirma: “It is a hugely significant Opinion, not just in relation to the specific issues raised by ECHR accession, but equally as regards the Court's conception of the autonomy of EU law, which impacts on the kind of relationship the Court is willing to entertain with other courts and tribunals”, EECKHOUT, P. Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue p.4. También son significativos estos dos extractos del trabajo de Halleskov: “The CJEU has chosen this occasion to extend as far as possible its sovereignty-based reading of the relationship between EU law and international law expressed in Kadi I to the relationship between Union law and the ECHR” y “Opinion 2/13 can be seen as a continuation and expansion of the CJEU’s judgment in Kadi I in the sense that it underlines that the constitutional autonomy of EU law from international law also includes the ECHR, as interpreted by the ECtHR”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection” *op. cit.* p.517 y p.520.

<sup>1373</sup> Véanse los apartados 37, 169, 170, 183 y 201 del Dictamen 2/13.

<sup>1374</sup> GRAGL, P. The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR en BENEDEK, W., BENOIT-ROHMER, F., KARL, W. y NOVAK, M. (eds), European Yearbook on Human Rights 2015: “This might seem to run parallel with *Opinion 2/13*, but paradoxically in diametrical opposition to it, because whereas the *Kadi* cases were about a more effective protection of fundamental rights, the Court’s decision on EU accession to the ECHR seems to head in the opposite direction.” También Halleskov se pronuncia en este sentido: “The irony of this expansion of Kadi I is that the CJEU in this judgment invoked EU law autonomy to the benefit of human rights protection; in Opinion 2/13 as well as in its fundamental rights jurisprudence, it is the other way around”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.518; En la misma línea, Türkuler Isiksel: “in *Kadi*, the outcome that reinforced supranational constitutional autonomy was also,

Unión en aquella sentencia actuó como el David que se imponía a Goliat (el orden internacional), mientras que en el Dictamen 2/13, el TJUE ha asumido el papel de Goliat<sup>1375</sup>. Otra diferencia fundamental es que en *Kadi*, el Tribunal sí mostró atención hacia el sistema de Naciones Unidas y al ordenamiento jurídico internacional<sup>1376</sup>. En cambio, en el Dictamen 2/13 no emplea un lenguaje conciliador ni hacia las normas internacionales ni hacia el sistema europeo de protección de derechos fundamentales del Convenio<sup>1377</sup>.

Si bien es comprensible que el TJUE tienda a preservar la autonomía del ordenamiento de la Unión, este concepto tan estricto y excluyente entraña el peligro de aislar a esta organización del ordenamiento jurídico internacional<sup>1378</sup>. Como alertan varios autores, no

---

happily, the one that was most conducive to the protection of fundamental rights. By contrast, Opinion 2/13 puts these two cardinal aims on a collision course” ISIKSEL, T. “European Exceptionalism and the EU’s Accession to the ECHR” *op. cit.* p.573; Karine Caunes también señala esta profunda diferencia entre *Kadi* y el Dictamen 2/13: “Si d’aucuns ont pu voir ici (dans *Kadi*) de la part de la Cour une volonté de préservation de la souveraineté ou de l’autonomie de l’ordre juridique européen, celle-ci a pu être justifiée pour certains par l’alliance vertueuse entre protection de la souveraineté européenne et protection des droits fondamentaux, illustrant la mise en place sinon d’un embryon de système de protection équivalente sur le plan international, du moins la préservation d’une forme d’état de droit, internationale. Un tel raisonnement s’avère difficilement soutenable dans le cas de l’avis 2/13.” CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.462.

<sup>1375</sup> La referencia literal es la siguiente: “There, its identification of the autonomy of EU law was largely welcomed: David was seeing off Goliath. The situation is different now. The CJEU has now assumed Goliath-like proportions. Autonomy may now be mistaken for hubris, arrogance, disdain for its sister court. However, to the Court of Justice, subordination to a ‘higher’ court might suggest the Court is not invincible. It has always been very sensitive to this possibility.” BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.3.

<sup>1376</sup> Véanse los apartados 291 a 300 de la sentencia anteriormente citada *Kadi*. Concretamente en el apartado 291, el Tribunal establece: “procede recordar en primer lugar que las competencias de la Comunidad deben ser ejercidas *respetando el Derecho internacional* (sentencias antes citadas Poulsen y Diva Navigation, apartado 9, y Racke, apartado 45), y que el Tribunal de Justicia precisó además, en la primera de estas sentencias (en el mismo apartado), que los actos adoptados en ejercicio de estas competencias deben interpretarse, y su ámbito de aplicación circunscribirse, *a la luz de las normas pertinentes del Derecho internacional*” (Énfasis añadido). En palabras del profesor Kumm, en *Kadi* el Tribunal “*takes international law seriously*”. KUMM, M. ‘Rethinking Constitutional Authority: On the Structure and Limits of Constitutional Pluralism’ in AVBELJ y KOMAREK (eds), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012, p. 62. Sobre la compatibilidad de la sentencia *Kadi* con el Derecho internacional, véase SCHEININ, M. “Is the ECJ Ruling in *Kadi* Incompatible with International Law? *Yearbook of European Law* (2009) 28 (1) pp. 637-653; Sobre la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional tras *Kadi* véase: KRENZLER, H., LANDWEHR, O., “A new order of International law: on the relationship between public International law and European union law after *Kadi*”, *Essays in honour B. Simma*, 2011, pp. 1004 ss.

<sup>1377</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.518.

<sup>1378</sup> Como explica Karine Claunes, el Tribunal utiliza en el Dictamen 2/13 un concepto de “integridad cerrada”, inadaptada a las relaciones internacionales: “(...) à l’opposé d’une intégrité fermée reposant sur une identité-mêmeté nourrie de l’illusion de la permanence, incapable de s’adapter au changement forcément extérieur et forcément conçu comme une menace. Cette dernière conception de l’intégrité, qui semble s’être funestement faufilée dans la trame de l’avis 2/13 de la Cour de justice, enferme la souveraineté dans un solipsisme illustrant la devise de *Highlander*, ô combien inadaptée à la nature même de l’Union

debe confundirse autonomía con “autismo”<sup>1379</sup> ni con “autarquía”<sup>1380</sup>. Así, tal enfoque aislacionista puede disminuir la capacidad de la Unión de participar en el orden internacional como un actor global fuerte<sup>1381</sup>. Además, la necesidad de proteger la autonomía de la Unión no debe ignorar sus obligaciones derivadas de los Tratados, como el artículo 3.5 del TUE: “En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá (...) *al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional*, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas”<sup>1382</sup>. Asimismo, debe respetar lo dispuesto en el artículo 21 del TUE: “La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: (...) *y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional*”<sup>1383</sup>.

La utilización de la autonomía por parte de la Unión no deja de ser paradójica. Por un lado, esta organización pretende jugar un importante papel en el orden jurídico internacional, pero simultáneamente se presenta como una “mónada aislada”<sup>1384</sup>, salvaguardando su autonomía hasta el extremo<sup>1385</sup>. La afirmación expresa en el Dictamen de que no es un Estado podría sugerir que, en contraste con la defensa férrea de la soberanía que ejercen ciertas naciones, la Unión podría estar más abierta a la integración en un mecanismo internacional de derechos humanos<sup>1386</sup>. Pero el Tribunal ha utilizado este argumento en la dirección contraria<sup>1387</sup>. Eckes explica esta actitud de la Unión

---

européenne mais également des relations internationales: « il ne peut en rester qu'un », CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne...” *op. cit.* p.461.

<sup>1379</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p. 848.

<sup>1380</sup> EECKHOUT, P.: “Human Rights and the Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.172.

<sup>1381</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.19.

<sup>1382</sup> Énfasis añadido.

<sup>1383</sup> Énfasis añadido.

<sup>1384</sup> CANNIZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R.A. ‘Introduction: International Law as Law of the European Union’ *op. cit.* p. 1.

<sup>1385</sup> De forma muy ilustrativa, Stephan Schill se refiere a una “*excessively armored constitutional fortress*”, SCHILL, S. “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?” *op. cit.* p.379.

<sup>1386</sup> En este sentido, apunta Türkuler Isiksel: “One might expect the EU’s character as a ‘new legal order’ to facilitate, rather than obstruct, relationships with other international institutions that instantiate International Law 2.0.” ISIKSEL, T. “European Exceptionalism and the EU’s Accession to the ECHR” *The European Journal of International Law Vol. 27 no. 3.* p.573.

<sup>1387</sup> LOCK, T. “The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13...” *op. cit.* En el mismo sentido, Douglas Scott: “The CJEU’s insistence on autonomy has an air of a claim to sovereignty, more traditionally associated with Westphalian concepts of the state, and out of keeping with the CJEU’s insistence in *Opinion 2/13* that the EU is not a state”, DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’” *op. cit.*

afirmando que, a pesar de su progresiva “constitucionalización”, no deja de tratarse de una organización internacional que necesita defender su autonomía más que un Estado<sup>1388</sup>. Odermatt considera que esta forma de escudar este concepto y de exigir la introducción de ciertas cláusulas en el acuerdo puede ser un signo de “inmadurez”<sup>1389</sup>. Por el contrario, Van Rossem razona que, a la vista de pronunciamientos como *Kadi* o el Dictamen 2/13, podría afirmarse que cuanto más madura constitucionalmente se torna la Unión, más protector es el escudo del concepto de autonomía de cara al ordenamiento jurídico internacional<sup>1390</sup>. Según este autor, la autonomía de la Unión sería la piedra angular de su gradual constitucionalización<sup>1391</sup>.

Esta ambigüedad del Tribunal en cuanto a la utilización del concepto de autonomía también se manifiesta en la exigencia de introducir cláusulas en el acuerdo de adhesión para resolver problemas a los que podría darse solución de forma interna. Los ejemplos más paradigmáticos de esta situación son las objeciones relativas al artículo 53 del Convenio, el artículo 344 del TFUE y el Protocolo nº 16. De la lectura del Dictamen inferimos que el Tribunal considera que no es suficiente confiar en los mecanismos internos de Derecho de la Unión, sino que son necesarias salvaguardias adicionales bajo el Derecho Internacional para evitar ciertas acciones de los Estados miembros que, según el TJUE, vulnerarían el Derecho de la Unión<sup>1392</sup>. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo exige que todo posible conflicto, por banal e hipotético que sea<sup>1393</sup>, debe ser resuelto en el acuerdo de adhesión<sup>1394</sup>. Así, el TJUE “externaliza” problemas internos<sup>1395</sup>. Un

---

<sup>1388</sup> ECKES, C. “Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?” *European Law Journal* 8, 2012, p.250.

<sup>1389</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.19.

<sup>1390</sup> VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p.28.

<sup>1391</sup> VAN ROSSEM, J. “The Autonomy of EU Law...” *op. cit.* p. 42.

<sup>1392</sup> Ricardo Alonso explica que la razón de este desenlace se encontraría en “un error de base por parte del TJUE, consistente en aproximarse al examen de un Acuerdo de adhesión, destinado a *la Unión*, desde una perspectiva, por lo que a este primer bloque de objeciones se refiere, en el que los protagonistas serían no la Unión, sino sus *Estados miembros*, ya adheridos al CEDH y cuyas relaciones entre sí y con la Unión, negociada la adhesión de esta última, debería abordarse, en su caso, desde una perspectiva exclusivamente interna, esto es, del propio Derecho de la Unión”, ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.8.

<sup>1393</sup> Como señala Karine Caunes: “il apparaît à la lecture de l’avis 2/13 de la Cour que la caractéristique essentielle de cette autonomie ou la préservation de celle-ci consiste en la compétence exclusive de la Cour à interpréter *in fine* toute question pouvant toucher, de près ou de loin ou *simplement hypothétiquement* le droit de l’Union européenne” (Énfasis añadido) CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.463.

<sup>1394</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.19.

<sup>1395</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.512. Sobre esta tendencia a la externalización de cuestiones internas, Lock alerta: “This externalization of internally resolvable issues is new and worrying because it makes the EU a difficult partner to deal with” LOCK, T. “Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the

ordenamiento jurídico verdaderamente autónomo no requeriría estas cláusulas adicionales en el acuerdo, sino que debería ser capaz de lidiar con esos problemas internamente<sup>1396</sup>. Sin embargo, el Tribunal traslada esas dificultades al sistema del Convenio, en contradicción con una defensa tan cerrada de la autonomía del Derecho de la Unión. En vez de mostrar su confianza en la flexibilidad y madurez de su ordenamiento jurídico, el TJUE acude, esta vez sí, al Derecho internacional<sup>1397</sup>, pero siempre desde la perspectiva de la Unión<sup>1398</sup>.

Esta fijación por blindar la autonomía no sólo trasluce una falta de confianza del TJUE en la fuerza del Derecho de la Unión, sino que además sitúa a ésta en una posición más débil para futuras negociaciones con terceros Estados y otras organizaciones<sup>1399</sup>. Así, la hostilidad que exhibe el Tribunal hacia el ordenamiento internacional hace que la participación de la Unión en los mecanismos internacionales de resolución de controversias se torne cada vez más difícil. El Dictamen 2/13 establece unas arduas exigencias que deberán tenerse en cuenta en la negociación de futuros acuerdos internacionales<sup>1400</sup>. Aunque el Tribunal sigue la línea de lo establecido en los Dictámenes

---

ECHR”, *Verfassungsblog*, 18 diciembre de 2014 disponible en <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJQI0WcgB4> (último acceso: 31 de octubre de 2016) p.3.

<sup>1396</sup> STREINZ, T. “The autonomy paradox” *Verfassungsblog*, 15 de marzo de 2015 <http://verfassungsblog.de/the-autonomy-paradox-2/> (último acceso: 20 de agosto de 2016) p.2

<sup>1397</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.19.

<sup>1398</sup> Según Miguel Azpitarte, todas las objeciones expresadas por el Tribunal en el Dictamen tienen el propósito común de impedir que el Convenio sea utilizado para reordenar las relaciones entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el de la Unión, en especial la doctrina *Åkerberg/Melloni*. Según el TJUE, la autonomía del ordenamiento de la Unión exige que “esas relaciones permanezcan siempre bajo su tutela, no cabiendo modulaciones a través del derecho internacional”, AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión en busca de un nuevo equilibrio” *op. cit.* p.260-261.

<sup>1399</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p. 5.

<sup>1400</sup> Véase respecto al impacto de las objeciones planteadas por el Tribunal en el Dictamen 2/13 sobre los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversor, particularmente sobre el acuerdo entre la Unión Europea y EEUU, conocido por sus siglas en inglés “TTIP” (Transatlantic Trade and Investment Partnership): SCHILL, S. “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?” *op. cit.* y SCHILL, S. “The Proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law?” *Verfassungsblog*, 29 Septiembre 2015, disponible en: <http://verfassungsblog.de/en/the-proposed-ttip-tribunal-and-the-court-of-justice-what-limits-to-investor-state-dispute-settlement-under-eu-constitutional-law/> (último acceso: 5 de enero de 2017); En cuanto a las consecuencias del Dictamen 2/13 sobre los mecanismos previstos en el acuerdo entre la Unión Europea y Vietnam y el acuerdo entre la Unión Europea y Canadá (conocido por sus siglas en inglés “CETA”, Comprehensive Economic and Trade Agreement), véase LENK, H. “An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 2, pp. 665-677, concretamente pp. 673 y ss; Por otro lado, el Dictamen 2/13 no ha hecho más que acrecentar las dudas respecto a la compatibilidad de estos mecanismos de resolución de competencias con la autonomía del Derecho de la Unión y la exclusividad de su Tribunal, particularmente del CETA, como bien explica Laurens Ankersmit en ANKERSMIT, L. “Investment Court

1/91, 1/00 y 1/09, en el Dictamen 2/13 endurece los requisitos aún más<sup>1401</sup>. En efecto, el TJUE ha impuesto un umbral muy alto para que la Unión pueda participar organismos de resolución de controversias internacionales<sup>1402</sup>.

En este sentido, Luxemburgo debería mostrarse más abierto respecto a otros órganos jurisdiccionales, ya que actualmente, es inevitable que otros sectores del Derecho Internacional, como puede ser el Derecho Internacional Económico o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se solapen con el cada vez más expansivo Derecho de la Unión<sup>1403</sup>. Por esta razón, es importante que la Unión participe activamente en el sistema internacional y en los mecanismos de resolución de controversias, de conformidad con sus propios valores<sup>1404</sup>. Aunque es perfectamente comprensible que salvaguarde la autonomía de su ordenamiento jurídico - como lo haría cualquier tribunal supremo de un Estado -, éste no debería ser el único y exclusivo principio que guíe sus relaciones exteriores, más aún teniendo en cuenta el respeto por el Derecho internacional que prescriben los artículos 3.5 y 21 del TUE<sup>1405</sup>.

#### **5.1.1.4. La elevación de la autonomía sobre el mandato de adhesión y la protección del individuo**

El Dictamen 2/13 parece ilustrar mejor que ninguna otra decisión la representación de una balanza entre la defensa del sistema de la Unión y la protección de los derechos fundamentales<sup>1406</sup>. Gran parte de la doctrina ha manifestado que el Tribunal se ha

---

System in CETA to be judged by the ECJ” 31 de octubre de 2016, *European Law Blog*, <http://europeanlawblog.eu/2016/10/31/investment-court-system-in-ceta-to-be-judged-by-the-ecj/> (último acceso: 5 de enero de 2017)

<sup>1401</sup> SCHILL, S. “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?” *op. cit.* p.383;

<sup>1402</sup> ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.10.

<sup>1403</sup> PARISH, M. “International Courts and the European Legal Order”, *The European Journal of International Law* Vol. 23 nº 1, 2012, p.153.

<sup>1404</sup> SCHILL, S. “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?” *op. cit.* p.388.

<sup>1405</sup> En este sentido, cabe destacar las palabras de la Alta Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Federica Mogherini: “La Estrategia (Global para la Política Exterior y de Seguridad de la Unión Europea) *alimenta la ambición de una autonomía para la UE*, necesaria para promover los intereses comunes de nuestros ciudadanos, así como nuestros principios y valores. Sin embargo, sabemos que la mejor forma de lograr prioridades es cuando no estamos solos, y *en un sistema internacional basado en el multilateralismo* y en reglas, no en policías globales y guerreros solitarios”, (Énfasis añadido), MOGHERINI, F. “Una estrategia para unir Europa”, *Tribuna* en el periódico El País, 2 de agosto de 2016, [http://elpais.com/elpais/2016/07/16/opinion/1468701804\\_322725.html](http://elpais.com/elpais/2016/07/16/opinion/1468701804_322725.html) (último acceso: 2 de agosto de 2016).

<sup>1406</sup> Otro pronunciamiento importantísimo en este sentido es el ya mencionado asunto *Melloni*. A este respecto, interesa destacar el apartado 109 de las conclusiones del Abogado General Yves Bot en aquel asunto, presentadas el 2 de octubre de 2012: “el nivel de protección que se les debe atribuir (a los derechos



inclinado por la primera<sup>1407</sup>. En efecto, este Dictamen parece plantear una elección obligatoria entre autonomía y derechos humanos, así como la siguiente pregunta: ¿cuál es el medio y cuál es el fin? Según varios autores, el mero hecho de que surja esta cuestión es signo de una enfermedad en el proyecto de civilización europea<sup>1408</sup>. Si soberanía (autonomía) y derechos fundamentales se encuentran disociados, e incluso enfrentados, significa que ya no cumplen su misión democrática<sup>1409</sup>.

El TJUE estaría planteando en el Dictamen una dicotomía entre la defensa del sistema y la protección del individuo, sin tener en cuenta que ambos conceptos no deberían ser excluyentes<sup>1410</sup>. Al contrario, cuando el sistema no protege en última instancia al individuo estaría yendo en contra de su propia legitimidad<sup>1411</sup>. Defensa del sistema y

---

fundamentales) reflejan las elecciones de una sociedad determinada sobre *el justo equilibrio por alcanzar entre los intereses de los individuos y los de la colectividad a la que pertenecen*” (Énfasis añadido).

<sup>1407</sup> Véanse como ejemplos: HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.520: “Overtly excessive autonomy concerns therefore take precedence over the interest in ensuring EU law compliance with international human rights law and European fundamental rights coherence”; POLAKIEWICZ, J. “Europe’s multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks”, Lecture at Waseda University Tokio 13 de marzo 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/europes-multi-layered-human-rights.html> (último acceso : 9 de agosto de 2016): “The Court’s Opinion fails on this account, choosing instead to walk the path of the simple naysayer, and this is why it strikes one as blatantly one-sided”; SHARPSTON, E and SARMIENTO, D. ‘European citizenship and its new union: Time to move on?’, en KOCHENOV, D. (ed.), *EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016: “in the balance between individual rights and primacy, the Court in Opinion 2/13 has fairly clearly sided with the latter”.

<sup>1408</sup> CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.461; KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.85.

<sup>1409</sup> CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.461.

<sup>1410</sup> Cabe señalar aquí el estudio realizado por Steve Greer y Andrew Williams sobre los diferentes modelos de justicia: individual, constitucional o institucional. El sistema jurídico de la Unión se incardinaria en este último modelo, como confirma el Dictamen 2/13. Interesa destacar las palabras de estos autores sobre la protección del modelo institucional de la Unión y la necesidad de avanzar hacia un enfoque más “constitucional”: “the institutional dimension, more concerned with the preservation of the EU rather than the protection and promotion of human rights, still remains too strong (...) Consequently, both the ECHR and EU need a constitutional approach to human rights if the latter are not to remain forever contingent. A great deal of further work is clearly required therefore to determine what shape this constitutional model could, and should, take. At present, there is little evidence of progress to this end by either institution. Too much concern over ‘territory’ and spheres of influence have hampered any real discussion between the two, with the Council of Europe clearly concerned that it will become subsumed by the EU leviathan (...) The search for an effective unifying constitutional model is paramount if justice is to be done to human rights in Europe”, GREER S. y WILLIAM. A. “Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice?” *op. cit.* p. 481.

<sup>1411</sup> A este respecto, cobran importancia las palabras de Nanopoulos: “Particularly in the EU context, the Court’s strategy is problematic. In the face of the EU’s political and democratic deficit, human rights are at the heart of the EU as a constitutional project. *By undermining the EU’s apparent commitment to human rights, the Court is thus not reinforcing, but rather weakening, the EU’s constitutional credentials.* By holding on to a rather dogmatic and formalistic version of autonomy, the Court is not preserving the specific features of EU law, but largely showing their limitations as expressions of a more substantive vision (...) if the question of accession was rightly not only about human rights but also about the preservation of the EU’s constitutional order, the Court may not only have jeopardized its relationship to the ECtHR but

protección de los derechos fundamentales, lejos de ser conceptos incompatibles, son presupuestos necesarios el uno para la existencia del otro. Así, tradicionalmente se ha presentado la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión como obstáculo principal a la adhesión al Convenio, como si se tratara de una ineludible colisión. Al contrario de lo que parece plantear el TJUE en el Dictamen, la adhesión es necesaria para la afirmación de la autonomía de la Unión<sup>1412</sup>. A este respecto, interesa destacar las palabras de Miguel Azpitarte: “la dimensión político-constitucional del Convenio debería llevarnos a concluir que en el espacio jurídico europeo *la adhesión es condición sin la cual no es posible levantar un ordenamiento autónomo*, ni siquiera cuando éste contiene una protección propia de los derechos fundamentales (...) La falta de adhesión echa sobre la Unión una sombra de incoherencia, pues reclamar la autonomía fuera del Convenio es una senda muy estrecha”<sup>1413</sup>.

Según Halberstam, la Unión está comprometida con los derechos humanos, incluso con participar en acuerdos internacionales en este ámbito, pero *sólo en tanto en cuanto* aquellos no pongan en peligro la arquitectura constitucional de la UE<sup>1414</sup>. Esta afirmación encontraría su constatación en el apartado 177 del Dictamen: “los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos en particular en la Carta, deben interpretarse y aplicarse en la Unión *respetando ese marco constitucional* recordado en los apartados 155 a 176”<sup>1415</sup>. Así, para el TJUE, la estructura del ordenamiento jurídico de la Unión se encontraría en un nivel superior a los derechos humanos. En efecto, la línea roja de un acuerdo internacional no se situaría en el respeto de aquellos sino en el “marco constitucional” de la Unión. Tal compromiso con los derechos humanos no tiene entonces mucho valor si no puede aplicarse *incluso* cuando puede socavar la arquitectura

---

ultimately also undermined rather than furthered its own constitutionalist agenda” NANOPOULOS, E. “Killing two birds with one stone?...” *op. cit.* p.187.

<sup>1412</sup> Miguel Azpitarte lanza la siguiente pregunta: “¿Es factible hablar de autonomía sin estar vinculado al Convenio?” AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.51

<sup>1413</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.49, énfasis añadido.

<sup>1414</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid...” *op. cit.* p.113: “The Union is broadly committed to protecting rights, even to joining international human rights agreements—as well it should. Nonetheless, solicitude for international human rights agreements comes with a caveat. The Court will show solicitude for international human rights agreements *only insofar* as these agreements and their various institutional arrangements do not undermine the constitutional architecture of the European Union” (Énfasis añadido),

<sup>1415</sup> Énfasis añadido.

constitucional del Estado<sup>1416</sup>, o de la Unión en este caso<sup>1417</sup>. Con tal aseveración del Tribunal, parece que los derechos fundamentales no son más que un instrumento para la salvaguardia de la soberanía/autonomía de la Unión Europea<sup>1418</sup>.

Esta revelación cobra aún más importancia si tenemos en cuenta el mandato introducido por el artículo 6.2 del TUE. La concepción expansiva de “autonomía” utilizada por el Tribunal en el Dictamen parece ignorar la circunstancia (constitucional) de que aquella disposición impone la obligación de adherirse al Convenio<sup>1419</sup>. Hasta ahora, el TJUE había empleado una férrea defensa de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión respecto a acuerdos internacionales con terceros, pero estos no derivaban de un mandato del propio Tratado como es este caso<sup>1420</sup>. Éste constituiría un punto de inflexión en cuanto a la utilización de la autonomía por parte de Luxemburgo respecto a su anterior jurisprudencia<sup>1421</sup>. En efecto, en los anteriores casos en los que el TJUE tuvo que

---

<sup>1416</sup> Un buen ejemplo lo constituye la sentencia del TEDH de 6 de octubre de 2005, *Hirst*, nº 74025/01, donde el Tribunal de Estrasburgo condenó al Reino Unido por violación del artículo 3 del Protocolo nº 1 por no permitir votar a un preso. Esta sentencia ha sido objeto de una gran controversia en el Reino Unido ya que, a pesar de haber sido condenado por el TEDH, no ha cambiado esta legislación. Los partidarios de no acatar la sentencia – que propugnan también la retirada de Reino Unido del Convenio – alegan que esa decisión de Estrasburgo choca frontalmente con el principio constitucional de la soberanía del Parlamento británico, ya que es legislación primaria la que prohíbe a los presos votar. Véase BATES, E. “The Continued Failure to Implement *Hirst v UK*” *EJIL Talk* 15 December 2015, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/the-continued-failure-to-implement-hirst-v-uk/> (último acceso: 5 de agosto de 2016).

<sup>1417</sup> Como acertadamente recuerda Douglas Scott: “This is indeed the attitude of the Court, and it is quite extraordinary. Surely a commitment to human rights is of little value if it cannot apply even in those cases in which the enforcement of a right may undermine the participant state’s constitutional architecture”, DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room...’” *op. cit.*

<sup>1418</sup> Lo cual no constituiría una novedad del Dictamen, sino que se inscribiría en la evolución de la protección jurisprudencial de los derechos humanos en la Unión Europea, frecuentemente supeditada a los intereses de integración política y económica.

<sup>1419</sup> Como señala Martín y Pérez de Nanclares: “El Tribunal de Justicia parece olvidar que el mencionado precepto (artículo 6.2) recoge, por voluntad manifiesta de los Herren der Verträge, un claro mandato de adhesión de la Unión al CEDH”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.834. Este mismo autor señala otro dato importante y es que el Tribunal no sólo obvia el artículo 6.2 del TUE, sino todos los apartados del esencial artículo 6 TUE, ya que evita realizar una argumentación jurídica que resulte conforme “con el carácter complementario e inseparable que la adhesión representa respecto de la Carta (art. 6.1 TUE) y con el mantenimiento del papel jurisprudencial flexibilizador (art. 6.3 TUE)” MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.835.

<sup>1420</sup> Como apuntan De Witte e Imamovic: “on previous occasions where the Court used the notion of the autonomy of the EU legal order as a barrier to the conclusion or application of external agreements and, in particular, to the creation of new international bodies, those external agreements were not *required* by primary EU law but simply *contemplated* by the EU institutions”, DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.* p.695-696:

<sup>1421</sup> Nanopoulos señala otra diferencia con los anteriores dictámenes en los que el TJUE emitió una respuesta negativa; el contexto en el que se produce el Dictamen 2/13 es referente a la protección de los derechos humanos. Esto plantea ineludiblemente cuestiones referentes a la naturaleza del constitucionalismo de la Unión: “Yet, the particular human rights context of the opinion raises serious questions about the nature of EU constitutionalism. The Court claims to be standing in defence of the EU’s constitutional features, but the opinion displays a rather thin commitment to the substantive protection of fundamental rights. This is particularly noticeable on the point about the CFSP, where the Court essentially opted for the immunity of CFSP acts over the possibility of control by an external body. But it is also more broadly discernible in the

pronunciarse sobre la compatibilidad de determinados acuerdos con el Derecho de la Unión y emitió una respuesta negativa (Dictámenes 1/76, 1/91, 2/94, 1/09) no había una obligación de Derecho Primario de adherirse a aquellos<sup>1422</sup>.

Según Thomas Streinz, la crítica del Tribunal al acuerdo de adhesión se fundamenta más en la “amnesia” que en el carácter distintivo de la Unión, ya que el TJUE ignora el hecho de que la adhesión es un mandato constitucional<sup>1423</sup>. Por esta razón, Streinz afirma rotundamente que el TJUE ha fracasado en su papel de actuar como un verdadero Tribunal Constitucional<sup>1424</sup>. Al TJUE no le corresponde examinar la validez de la elección de adherirse al Convenio, sino controlar el respeto de las condiciones impuestas por el Derecho Primario para la adhesión<sup>1425</sup>. El Tribunal de Luxemburgo se encontraría, por tanto, entre dos mandatos constitucionales: por un lado, la obligación de adhesión establecida en la primera frase del artículo 6.2 TUE y por otro lado, las tres limitaciones recogidas en la segunda frase del artículo 6.2 TUE, la Declaración nº 2 y el Protocolo nº 8<sup>1426</sup>. En el Dictamen, el TJUE ha puesto todo el énfasis en estas últimas ignorando el primer mandato<sup>1427</sup>. Así, a través de una interpretación estricta de aquellas ha convertido lo que inicialmente eran unas salvaguardias en bloqueos<sup>1428</sup>.

El Tribunal no sólo obvia esa obligación de adhesión sino también el hecho de que la protección de los derechos humanos forma parte de ese “marco constitucional” que tanto defiende<sup>1429</sup>. Como ya se ha indicado en el presente trabajo, los derechos fundamentales

---

prioritization of other constitutional principles such as the effectiveness and primacy of EU law over the respect for human rights” NANOPOULOS, E. “Killing two birds with one stone?...” *op. cit.* p.187.

<sup>1422</sup> En este sentido, Odermatt afirma: “Unlike other international agreements to which the EU seeks to accede, the EU Treaties *require* the Union to join the ECHR. Yet the fact that the Court would adopt such an approach, in the face of such strong support, serves to emphasise just how important the constitutional principle of autonomy has become”, ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.17.

<sup>1423</sup> STREINZ, T. “The autonomy paradox” *op. cit.* p.1.

<sup>1424</sup> STREINZ, T. “The autonomy paradox” *op. cit.* p.1.

<sup>1425</sup> CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.462.

<sup>1426</sup> Véanse especialmente los apartados 160-163 del Dictamen.

<sup>1427</sup> BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining” *op. cit.* p.4. Además, Odermatt considera que el artículo 6.2 TUE engloba un deber de realizar todos los esfuerzos posibles hacia la adhesión, ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.20.

<sup>1428</sup> Como señalan Lazowski y Wessel: “Now that Article 6(2) TEU provides for an obligation to accede, subject to conditions laid down in Protocol No 8 to the Founding Treaties, the Court has opted for strict interpretation of the latter, which, ultimately turns the caveats laid down therein into locks” LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks...” *op. cit.* p.180;

<sup>1429</sup> Douglas-Scott señala acertadamente: “Autonomy and primacy are not the only constitutional principles of great weight. *Human rights protection is a crucial component of the constitutional order* and ECHR membership requires compliance with ECtHR judgements, even at the expense of autonomy and sovereignty” (Énfasis añadido) DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the elephant in the room” *op. cit.* p.1

forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión<sup>1430</sup> y además constituyen uno de los valores en los que ésta se asienta, en virtud del artículo 2 TUE. Resulta sorprendente que el TJUE no recuerde esta última circunstancia en ninguna parte del Dictamen<sup>1431</sup>. Tan sólo cita el artículo 2 TUE en el apartado 168<sup>1432</sup> para justificar la existencia de una serie de valores comunes en todos los Estados miembros, premisa necesaria para la confianza mutua<sup>1433</sup>. Pero no señala que entre esos valores se encuentra el respeto de los derechos humanos, la democracia o el Estado de Derecho. Es llamativo que, a pesar de que ninguna disposición de los Tratados recoge ni la autonomía ni la primacía ni la confianza mutua<sup>1434</sup>, estos principios se elevan en el Dictamen a una categoría absoluta y superior a la de los valores<sup>1435</sup>. Por tanto, el TJUE pretende proteger los pilares básicos del Derecho de la Unión sin tener en consideración los valores elementales sobre los que ésta se basa<sup>1436</sup>. Metafóricamente sería como construir las paredes de un edificio, sin tener en cuenta sus cimientos.

Ignorar tanto el mandato de adhesión como los valores de la Unión también plantea problemas desde el prisma del Estado de Derecho<sup>1437</sup>. Según Kochenov, el TJUE concibe

---

<sup>1430</sup> Tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia de forma reiterada (véase como ejemplo el apartado 283 de la sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*) y como recoge el artículo 6.3 del TUE.

<sup>1431</sup> El Tribunal sí señala que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho de la Unión en el apartado 37 del Dictamen, pero no hace referencia a que estos forman parte de los valores de la Unión.

<sup>1432</sup> Apartado 168: “Tal construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica.”

<sup>1433</sup> Como veíamos anteriormente, en el Dictamen el TJUE eleva la confianza mutua a un pilar fundamental del ordenamiento de la Unión.

<sup>1434</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’” *op. cit.* p.3.

<sup>1435</sup> Cabe destacar las palabras de Kochenov respecto a la poca importancia que se le concede al artículo 2 TUE: “It is no surprise that the core of its values - the Rule of Law included - is under threat of emerging as ephemeral and unenforceable even (and particularly) against itself, which explains the highly atypical role played by the values of inter alia Article 2 of the Treaty of European Union (TEU) in the context of the EU acquis” KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p. 76.

<sup>1436</sup> PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare” *op. cit.* p.213. En este sentido, Karine Caunes se pregunta: “Quelle serait la valeur d’une souveraineté acquise au détriment des valeurs fondatrices de l’UE de respect des droits de l’homme et de démocratie?”, CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.465; También Kochenov critica este enfoque: “It is obvious that autonomy of a legal system cannot possibly trump the very values on which the given legal system is officially constructed and which it is bound, by its very existence, to foster and to protect. The core values of the EU’s and the Member States’ legal systems, as expressed in Art. 2 TEU cannot be trumped by the structural aspects of the EU’s organization” KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.85, nota 76.

<sup>1437</sup> El respeto del Estado de Derecho no sólo figura entre los valores del artículo 2 TUE, sino que también ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al declarar que la Unión (entonces la Comunidad) se basa en una “Comunidad de Derecho”. Lo declaró por vez primera en la emblemática

este concepto de forma errónea como si fuera sinónimo de “legalidad” y lo utiliza para blindar la autonomía del sistema frente a todo tipo de cuestionamiento interno (por parte de los Estados miembros)<sup>1438</sup> o externo (del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)<sup>1439</sup>. Así, la Unión estaría ignorando la función clave del sistema europeo de protección de derechos humanos que consiste, precisamente, en que ningún ordenamiento jurídico en Europa se sienta “autónomo” respecto a las obligaciones de derechos fundamentales<sup>1440</sup>. En el Dictamen toda la atención se centra en la autonomía, perdiendo de vista el objetivo último de la adhesión: una mejor protección del individuo<sup>1441</sup>. Tras la lectura detenida de este pronunciamiento, hemos comprobado cómo la expansión exacerbada del concepto de autonomía y de la especificidad de la Unión se eleva por encima del Derecho internacional, del mandato de adhesión del Tratado y de los valores de la Unión, entre ellos, muy especialmente, del Estado de Derecho y de la protección de los derechos humanos<sup>1442</sup>. Los perjudicados de esta defensa acérrima del sistema de la Unión serán, en última instancia, los ciudadanos<sup>1443</sup>.

---

sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts contra Parlamento*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166 y lo reiteró en el ya citado Dictamen 1/91, párrafo 21: “el Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una *Comunidad de Derecho*.” (Énfasis añadido)

<sup>1438</sup> La parte del Dictamen donde se hace más patente esta obligación que impone la Unión a los Estados miembros de no cuestionar el orden establecido, incluso en un ámbito tan constitucionalmente relevante como es la protección de los derechos humanos, es en la objeción relativa a la confianza mutua (apartados 191 a 195 del Dictamen 2/13), analizada en el Capítulo III.

<sup>1439</sup> KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.75-76.

<sup>1440</sup> KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law...” *op. cit.* p.86.

<sup>1441</sup> Interesa destacar las acertadas palabras de González Vega a este respecto: “Pero tal vez lo más decepcionante —e inquietante— de la decisión adoptada sea que versando sobre un debate en torno a la adhesión —truncada— a un tratado de derechos humanos —el más importante que nunca haya existido— escaseen en ella las referencias al individuo, al ser humano. Cuántas disquisiciones competenciales, cuántas alusiones a la autonomía, a la especificidad y a la exclusividad jurisdiccional; cuán pocas —¿alguna?— a los derechos de los individuos, a las libertades, a la igualdad, a la solidaridad... que encabezan ese Carta que el Tribunal dice con tanto celo proteger. Diríase que —como Harry Lime— desde las alturas de Kirchberg los individuos no fueran sino «puntitos negros»...El individuo...Porque Europa ¿acaso no es eso?” GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.26.

<sup>1442</sup> Como señala acertadamente Douglas-Scott, los derechos humanos serían el “elefante en la habitación”, DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 and the ‘elephant in the room’” *op. cit.* p.3.

<sup>1443</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.1. En este sentido también muestra su preocupación la profesora Salinas de Frías: “Y ante la complejidad del desenlace que se avista en el horizonte (...) cabe preguntarse, no obstante, dónde está la preocupación por el interés del particular y cómo queda su posición en este laberinto” SALINAS DE FRÍAS, A. “Una historia de amor y desamor...” *op. cit.* p.32.

## 5.1.2. La defensa por parte del Tribunal de su propia posición

### 5.1.2.1. Una decisión jurídica y política

Escribía Martín y Pérez de Nanclares antes de la publicación del Dictamen: “nos encontramos ante una de esas escasas ocasiones en las que el TJUE está llamado a dictar, con altura de miras, una resolución de trascendencia constitucional susceptible de influir de manera relevante en el devenir del proceso de integración europea y, en este caso, también en las relaciones con el sofisticado sistema de protección internacional de derechos humanos construido en el marco del Consejo de Europa”<sup>1444</sup>. Al leer el Dictamen es inevitable plantearse si el Tribunal ha estado a la altura de lo que se esperaba al encomendarle una tarea de tal calado constitucional<sup>1445</sup>. Las expectativas eran altas y probablemente por esa razón, la decepción ha sido aún mayor.

Se trata de una de esas decisiones en las que es difícil no trascender lo estrictamente jurídico para internarse en la política<sup>1446</sup>. Y así ha sucedido con el Dictamen; es un pronunciamiento jurídico no exento de consideraciones políticas<sup>1447</sup>. Son varios los autores que coinciden al afirmar que se trata de una decisión deliberadamente política dotada de un revestimiento legal<sup>1448</sup>. Según Pirker y Reteinmeyer, este pronunciamiento

---

<sup>1444</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH” *op. cit.* p. 398.

<sup>1445</sup> A la trascendencia de su misión, se añade un elemento de dificultad: el vínculo entre autonomía del Derecho de la Unión y la exclusividad jurisdiccional del Tribunal. Así, el TJUE se encontraría en una delicada situación al ser en buena medida “juez y parte” en este Dictamen, como señala Karine Caunes. CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne...” *op. cit.* p.462.

<sup>1446</sup> Como apunta el profesor González Vega: “Es indudable que el enfoque es eminentemente político. No puede ser de otra manera cuando el Tribunal afronta un examen que cimenta en los rasgos fundamentales («estructura constitucional», «unión más estrecha», «confianza mutua», «valores comunes», «estructura y objetivos de la Unión», «coherencia y unidad», «nivel de protección», «naturaleza intrínseca de la Unión», etc.) que caracterizan al sistema de la Unión, templo del que el Tribunal es su sumo sacerdote”, GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.30.

<sup>1447</sup> Como describe acertadamente la profesora Catherine Barnard: “*Opinion 2/13* is a judgment for lawyers, not politicians, albeit one with major political ramifications”, BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining” *op. cit.* p. 1; Estas palabras de Ana Salinas también ponen de manifiesto los tintes políticos de esta decisión: “este Dictamen 2/2013 no sería propio del TJUE de hace unos años, pero está claro que la crisis de liderazgo nacional y europeo también comienzan a afectarle.” SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” *op. cit.* p.5.

<sup>1448</sup> HERVIEU, N. “Cour européenne des droits de l’homme: De l’art de la résilience juridictionnelle” *op. cit.* p.8: “L’avis du 18 décembre 2014 révèle une nette réticence de la Cour de justice à l’idée même d’un contrôle externe de l’Union par la Cour européenne des droits de l’homme. Bien sûr, cette réticence est revêtue d’un habillage juridique qui, à défaut d’emporter l’approbation, permet à la Cour de Luxembourg de justifier sa position”; LABAYLE, H. “La guerre des juges n’aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l’avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de l’Union à la CEDH” *op. cit.* p.4: “*La posture de la Cour de justice est délibérément politique. Elle ne dissimule en rien la vision qu’elle se fait de la construction l’Union européenne et du droit dont elle est, il est toujours bon de le rappeler, l’interprète*

constituye un movimiento político del Tribunal para fortalecer su posición frente al resto de instituciones de la Unión y a los Estados miembros<sup>1449</sup>. De hecho, no es frecuente que el TJUE se manifieste en contra tanto del Parlamento como del Consejo y de los veinticuatro Estados que habían emitido observaciones favorables al acuerdo de adhesión<sup>1450</sup>. Breuer considera que el Dictamen intenta asegurar la última palabra del TJUE en todo lo relativo al Convenio y como tal, es una expresión política de poder<sup>1451</sup>. Según este autor, el Tribunal de Luxemburgo parece ansioso por estar en el centro como una araña en su tela<sup>1452</sup>. Por su parte, Martin Scheinin sostiene que, de tratarse de un movimiento político, puede haberse tratado de una sabia decisión por no ser el momento adecuado para la adhesión. Este autor se plantea que en un período tan delicado para Europa, con la crisis del euro y el auge de una corriente euroescéptica, el proceso político que se habría iniciado tras una respuesta positiva del Tribunal podría haber sido “destructivo” para la propia Unión<sup>1453</sup>. Nos permitimos responder a este autor afirmando

---

authentique en vertu de l'article 19 TUE”; El ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, David Thór Björgvinsson afirmaba en una entrevista: “the CJEU’s decision was actually a political decision disguised in legal arguments”, BUTLER, G. A Political Decision Disguised as Legal Argument? Opinion 2/13 and European Union Accession to the European Convention on Human Rights, *Utrecht Journal of International and European Law*, 31(81), 2015, pp. 104-111; MICHL, W. “Still a flawed decision” *op. cit.* p.2: “I still think that Opinion 2/13 is a flawed decision driven by political objectives”; PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR...” *op. cit.* p.5: “It’s the judicial politics of the playground”; Catherine Barnard expresa una opinión más matizada y considera que el Dictamen tiene varias lecturas: “One reading of the *Opinion* is that the Court did this to deliver a body blow to the ECtHR and to (re)assert the CJEU’s own supremacy. In this case *the judgment is very much a political one dressed up in lawyers’ clothing*. Another reading is that the Court was focused on (re)asserting the specific features of EU law, which it felt had not been adequately recognised in the negotiation process. In this case the judgment is very much a legal one” BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining” *op. cit.* p.5; Por su parte, Odermatt sostiene que aunque el Tribunal haya actuado defendiendo sus intereses, tampoco puede considerarse que el Dictamen sea puramente político: “One possible explanation is that the Court was acting out of self-interest (...) While this concern may have played some role in the *Opinion*, it is unhelpful to think of *Opinion 2/13* as purely political. It is unhelpful because it obfuscates the fact that the *Opinion* was based on existing case law and legal reasoning”, ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage...” *op. cit.* p.16.

<sup>1449</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.5.

<sup>1450</sup> Polawiecz reflexiona sobre este “choque” entre instituciones a propósito del dictamen 2/13: “It is difficult to escape the impression of a profound “clash of perspectives” between the CJEU judges on the one hand, and the Member States, Commission, Council and Parliament on the other hand, about the objectives and scope of accession. This clash was already palpable during the hearing before the CJEU on 5-6 May 2013, where several judges questioned the added value and expediency of accession”, POLAKIEWICZ, J. “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) – An Insider’s View addressing One by One the CJEU’s Objections in Opinion 2/13” *Human Rights Law Journal*, Vol nº 36, 30 June 2016, p.10-22, p.11

<sup>1451</sup> BREUER, M. “It’s not about pluralism, it’s about power politics” *Verfassungsblog*, marzo de 2015, disponible en: <http://verfassungsblog.de/its-not-about-pluralism-its-about-power-politics-2/> (ultimo acceso: 23 de agosto de 2016) p. 2.

<sup>1452</sup> BREUER, M. “It’s not about pluralism, it’s about power politics” *op. cit.* p. 2.

<sup>1453</sup> SCHEININ, M. “CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances”, *Verfassungsblog*, 26 diciembre 2014, disponible en: <http://verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/> (ultimo acceso: 8 de enero de 2017) p.1.



que no es la misión del TJUE valorar si se trata del momento “político” oportuno para que la Unión se adhiera o no al Convenio. Esa decisión ya fue tomada por los Estados miembros al introducir en el Tratado de Lisboa un mandato de adhesión. Al Tribunal le corresponde, como se ha indicado anteriormente, realizar un análisis jurídico de la compatibilidad del borrador de acuerdo con el Derecho de la Unión.

Además, el tono general del Dictamen es defensivo<sup>1454</sup>. El Tribunal percibe la adhesión más como una amenaza que como una oportunidad para incrementar la protección de los derechos humanos en la Unión<sup>1455</sup>. Por esa razón, el TJUE se muestra más preocupado por la defensa de su propia posición frente al TEDH y los tribunales nacionales que por los potenciales beneficios que la adhesión tendría para la Unión<sup>1456</sup>. A este respecto, es interesante señalar las palabras de Sánchez Patrón: “Tras su rigorismo e intransigencia se esconde la defensa de su posición privilegiada y exclusiva para interpretar y aplicar el Derecho de la UE. El TJUE no sólo ha evidenciado los problemas e inconvenientes ligados a esta operación jurídico-política, sino que también ha exteriorizado sus excusas y temores”<sup>1457</sup>. Incluso un ferviente defensor de la actuación del Tribunal en el Dictamen 2/13, Daniel Halberstam, reconoce que aquél pretende salvaguardar su posición judicial en Europa<sup>1458</sup>.

Es difícil comprender el miedo del TJUE si se tiene en cuenta la posición privilegiada que ha ostentado tanto en la negociación del acuerdo de adhesión (tuvo estatus de observador) como previamente al mismo (recordemos el documento de discusión del Tribunal de 2010 y el excepcional comunicado conjunto de los presidentes Costa y Skouris de 2011)<sup>1459</sup> así

---

<sup>1454</sup> GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence...” *op. cit.* p.8; Jacqué escribe a este respecto: “La lecture de l’arr  t laisse au lecteur l’impression que la Cour de Justice se voit comme une forteresse assiégée”, JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l’avis 2/13 de la Cour de Justice” *op. cit.* p.22.

<sup>1455</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.511.

<sup>1456</sup> La profesora Spaventa lo define como “a ruling which seems more focused on protecting its own prerogatives than it is in protecting fundamental rights (or even the EU constitutional structure)”, SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *op. cit.* p.56; En una línea similar, O’Neill afirma: “The Opinion appears to be more about the Court of Justice’s fears about its constitutional position rather than about the closing of any gap in human rights protection in the EU”, O’NEILL A. “Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty” *op. cit.* p.5.

<sup>1457</sup> S  NCH  Z PATRÓN, J.M. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: los dictámenes del Tribunal de Justicia y el posicionamiento del Estado español” *op. cit.* p.14.

<sup>1458</sup> HALBERSTAM, D. “A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward)” *op. cit.* p.1: “Wary of its younger overburdened sibling, the CJEU seems intent on guarding its privileged judicial position in Europe”

<sup>1459</sup> LOCK, T. “Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR”, *op. cit.* p.4.

como en las salvaguardias que se establecieron en el acuerdo (principalmente, el mecanismo del codemandado y el procedimiento de intervención previa). Conviene señalar que ningún tribunal constitucional o supremo ha disfrutado de estas prerrogativas cuando un Estado se ha adherido al Convenio de Roma<sup>1460</sup>. Por tanto, este pronunciamiento revela una percepción del Tribunal de sí mismo algo débil ya que intenta luchar contra cualquier mínimo gesto que imponga límites a su jurisdicción<sup>1461</sup>. Catherine Barnard explica esta actitud temerosa del TJUE afirmando que todavía se trata de un tribunal “adolescente” – comparado, por ejemplo, con el Tribunal Supremo de Estados Unidos - ya que aquél todavía debe lidiar con las amenazas de los tribunales constitucionales de los Estados miembros a su primacía<sup>1462</sup>. La desconfianza del TJUE ha tomado cuerpo en el Dictamen en forma de “celos” hacia aquéllos y hacia el Tribunal de Estrasburgo<sup>1463</sup>, mostrándose, según varios autores, como un tribunal “egoísta”<sup>1464</sup>, “narcisista”<sup>1465</sup> con “aversión al riesgo”<sup>1466</sup>. Salinas de Frías llega a calificarlo de “un verdadero pecado de soberbia por parte del alto Tribunal, que no acepta en ningún caso el control de órgano exterior alguno, al menos en esta materia”<sup>1467</sup>.

#### 5.1.2.2. Una argumentación insuficiente y poco posibilista

Una decisión de tal complejidad y trascendencia constitucional exigía un “particular esmero en la argumentación jurídica de su dictamen”<sup>1468</sup>. Gran parte de la doctrina tanto española como internacional ha considerado que el Tribunal no ha estado a la altura por la conclusión alcanzada, pero sobre todo, por la argumentación jurídica empleada para justificar aquella<sup>1469</sup>. De hecho, el Dictamen 2/13 ha hecho correr ríos de tinta desde

<sup>1460</sup> KOMAREK, J. “It’s a stupid autonomy...” *op. cit.* p.1.

<sup>1461</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p.5.

<sup>1462</sup> BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.3

<sup>1463</sup> Paul Gragl asegura al respecto: “Jealousy is a green-eyed monster, as Shakespeare says, and it appears that not even courts are immune to it”, GRAGL, P. The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.3; Por su parte, María José Cervell afirma: “Parecen, en suma, las tribulaciones del TJUE desmesuradas y quizás sólo obedezcan al exceso de celo que, como veremos, destila todo el Dictamen tanto en la protección del Derecho de la Unión como de su propio papel en la interpretación de éste” CERVELL HORTAL, M.J. “El rechazo del TJUE al acuerdo de adhesión al CEDH...” *op. cit.* p.4.

<sup>1464</sup> GRAGL, P. The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR...” *op. cit.* p.16.

<sup>1465</sup> CHERUBINI, F. “The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in the View of the Accession” *op. cit.* p.1386.

<sup>1466</sup> KUIJPER, P.J. “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog” *op. cit.* p.1.

<sup>1467</sup> SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” *op. cit.* p.3.

<sup>1468</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición...” *op. cit.* p.398.

<sup>1469</sup> Véanse, entre otros: ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.*; CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía versus sumisión a un control externo...” *op. cit.*; DE WITTE and

diciembre de 2014 como pocas decisiones judiciales del Tribunal lo han hecho en toda su historia<sup>1470</sup>. Ha sido calificado de “absoluto desastre”<sup>1471</sup>, de “duro golpe”<sup>1472</sup>, de “terremoto”<sup>1473</sup> y de “bomba”<sup>1474</sup>. Steve Peers habla abiertamente de un razonamiento “deficiente”<sup>1475</sup>, mientras que Halleskov afirma que el Tribunal muestra una sorprendente falta de conocimiento sobre el contexto jurídico actual en Europa<sup>1476</sup>. La impresión general tras la lectura del Dictamen es que el Tribunal estaba determinado desde el principio a mostrar su negativa al acuerdo de adhesión, más que por imperfecciones técnicas del mismo, por una oposición categórica a someterse a un control externo<sup>1477</sup>. En este sentido, Paul Gragl señala que todas las razones señaladas por el Tribunal son meros subterfugios para corroborar su reticencia a ceder poder a Estrasburgo<sup>1478</sup>. No obstante, también conviene señalar que, si bien este pronunciamiento ha sido objeto de dura crítica en el ámbito académico, hay autores que lo han defendido<sup>1479</sup>.

---

IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR...” *op. cit.*; DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice” *op. cit.*; LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR” *op. cit.*; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.*; ODERMATT, J. “A Giant step backwards? Opinion 2/13 on the EU’s accession to the European Convention on Human Rights” *op. cit.*; REITENMEYER, S. “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR” *op. cit.*; SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” *op. cit.*;

<sup>1470</sup> Como apunta Martin Scheinin: “The academic response to CJEU Opinion 2/13 on EU accession to the European Convention on Human Rights can be characterised as a combination of shock, disbelief and protest” SCHEININ, M. “CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances” *op. cit.*

<sup>1471</sup> PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection” *op. cit.* p.7.

<sup>1472</sup> KRENN, C. “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13” *op. cit.* p.147.

<sup>1473</sup> GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux”, 8 de febrero de 2016, disponible en <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08> (último acceso: 25 de enero de 2017), p.1.

<sup>1474</sup> DOUGLAS-SCOTT, S. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice” *op. cit.*

<sup>1475</sup> PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection” *op. cit.* p.1.

<sup>1476</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p. 520.

<sup>1477</sup> En este mismo sentido, Tobias Lock señala: “it seems as though the Court was determined to put a spanner in the works of the accession agreement (...) One cannot but help the conclusion that the Court’s agenda was driven by a desire to make accession if not impossible, but very difficult indeed”, LOCK, T. “Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR” *op. cit.* p.3; Walter Michl dice a este respecto: “The Court piled up all points it could possibly craft to reject the whole accession agreement out of hand” MICHL, W. “Still a flawed decision” *op. cit.* p.2;

<sup>1478</sup> GRAGL, P. “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” *op. cit.* p.8.

<sup>1479</sup> AYOUB, L. “CJEU: Have we created a monster?”, *Blog Eyes on Europe*, 17 abril 2015, disponible en <http://www.eyes-on-europe.eu/cjeu-have-we-created-a-monster/> (último acceso: 18 de abril de 2015); HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights” *op. cit.*; KRENN, C. “Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13” *op. cit.*; Es más, Daniel Halberstam

Es aún más llamativa la postura de los jueces de Kirchberg si se compara con la de la Abogada General<sup>1480</sup>. Ésta también mostró ciertas preocupaciones respecto a la autonomía e identificó varios aspectos del borrador de acuerdo que debían ser modificados, pero propuso al Tribunal que concluyera que aquél era compatible con los Tratados, siempre que una serie de aspectos fueran modificados<sup>1481</sup>. La gran diferencia entre ambos documentos es que el Tribunal buscó problemas, mientras que la Abogada

---

responde a la corriente doctrinal que ha criticado duramente el Dictamen, afirmando que el Tribunal parecía ser “sagrado” antes de este pronunciamiento y a raíz de éste, ha dejado de serlo: “The Court of Justice of the European Union has arrived! Gone are the days of hagiography, when in the eyes of the academy the Court could do no wrong. The judicial darling, if there is one today, is Strasbourg not Luxembourg”, HALBERSTAM, D. “A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward)” *op. cit.* p.1.

<sup>1480</sup> Conviene señalar la destacada ausencia del eminente juez Allan Rosas en la composición del Tribunal en el Dictamen 2/13, a pesar de que sí participó en la vista oral que tuvo lugar en mayo de 2014 (a diferencia del juez chipriota que no estuvo presente en la vista, dado que aún no había tomado posesión del cargo, y por consiguiente, no participó en las deliberaciones del dictamen por imperativo legal). Es conocido que Rosas es uno de los jueces del Tribunal más inclinados hacia la defensa de los derechos fundamentales y trabajó en el Servicio Jurídico de la Comisión en la época en la que el TJUE dictó el Dictamen 2/94. Desconocemos si es esta razón la que le llevó a recusarse a sí mismo para las deliberaciones del dictamen 2/13, o un profundo desacuerdo con el resto de jueces en cuanto a este pronunciamiento. Hay que tener en cuenta que, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los jueces de Luxemburgo no pueden emitir votos particulares. En todo caso, la ausencia del juez Rosas no ha pasado desapercibida y varios juristas se han hecho eco de ella en sus comentarios al dictamen. Véase ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE...” *op. cit.* p.6 nota 23 y SCHEININ, M. “CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances” *op. cit.*

<sup>1481</sup> Apartado 280 de las conclusiones de la Abogada General Kokott:

“Habida cuenta de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que emita el dictamen siguiente:

El Proyecto revisado de Acuerdo relativo a la Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales presentado en Estrasburgo el 10 de junio de 2013 será compatible con los Tratados siempre que en el plano del Derecho internacional se garantice de un modo vinculante:

- Que, a efectos de que puedan presentar demandas de intervención como codemandados al amparo del artículo 3, apartado 5, del Proyecto de Acuerdo, la Unión y sus Estados miembros sean informados sistemáticamente y sin excepción de todos los recursos pendientes ante el TEDH en cuanto éstos hayan sido notificados al demandado correspondiente.
- Que el TEDH no realice ningún tipo de examen de razonabilidad de las demandas de intervención como codemandados que presenten la Unión y sus Estados miembros al amparo del artículo 3, apartado 5, del Proyecto de Acuerdo.
- Que el procedimiento de pronunciamiento previo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogido en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de Acuerdo se extienda a todas las cuestiones jurídicas relativas a cuál es la interpretación del Derecho originario y derivado de la Unión que resulta conforme con el CEDH.
- Que sólo se pueda prescindir de instruir el procedimiento de pronunciamiento previo recogido en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de Acuerdo cuando resulte evidente que Tribunal de Justicia ya ha abordado anteriormente la cuestión jurídica concreta que sea objeto del recurso que se encuentre pendiente ante el TEDH.
- Que el principio de responsabilidad conjunta del demandado principal y del codemandado que se prevé en el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de Acuerdo no afecte a las reservas que las partes contratantes hayan podido formular a efectos del artículo 57 del CEDH.
- Que, por lo demás, el TEDH no pueda apartarse en ningún caso del principio, que se establece en el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de Acuerdo, de responsabilidad conjunta del demandado principal y del codemandado por incumplimientos del CEDH cuya existencia haya declarado el propio TEDH.”

General propuso soluciones<sup>1482</sup>. En sus conclusiones, Kokott dice: “*The devil is (...) in the detail*”<sup>1483</sup>. En cambio, para el TJUE parece que el diablo está en todas partes. El TJUE adoptó un enfoque “no, a menos que...” y Kokott optó por “sí, siempre que...”. Esta visión más conciliadora de la Abogada General demuestra que una visión no tan estricta de la autonomía habría sido posible<sup>1484</sup>. Como señalan Groussot, Lorenz y Petursson, el tono de la Abogada General es “positivo, inclusivo y constructivo”<sup>1485</sup>. El Tribunal de Luxemburgo no siguió la propuesta de Kokott. Pero lo más alarmante es que no ha aportado ninguna solución para este *impasse*. En su conclusión enumera todos los motivos por los que el borrador de acuerdo no es compatible, pero no abre la puerta, como la Abogada General, a que la incompatibilidad desaparezca si tales objeciones son solventadas<sup>1486</sup>.

Por tanto, el Tribunal también demuestra una preocupante falta de creatividad jurídica para resolver la situación. Es cierto que se encontraba ante obligaciones divergentes; por un lado, el mandato de adhesión y por otro, el deber de salvaguardar la estructura única del ordenamiento jurídico de la Unión. Sin embargo, como recuerda Jörg Polakiewicz, un verdadero “tribunal constitucional” intenta conciliar ambos al máximo, empleando lo que se denomina en la doctrina constitucionalista alemana “*praktische konkordanz*”<sup>1487</sup>. El TJUE no sólo da prioridad a la salvaguardia del ordenamiento jurídico de la Unión sobre el mandato de adhesión, sino que no muestra el más mínimo esfuerzo en ofrecer una solución conciliadora al problema<sup>1488</sup>. Las palabras de Martín Pérez y Nanclares resumen

---

<sup>1482</sup> MICHL, W. “Still a flawed decision” *op. cit.* p.1; En la misma línea, Halleskov afirma: “All in all, the impression given is that the CJEU chose the conflict”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection...” *op. cit.* p.512.

<sup>1483</sup> Conclusiones de la Abogada General, apartado 4. En la versión española, la expresión no es tan gráfica. Se ha traducido como: “el problema son los detalles”.

<sup>1484</sup> PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy...” *op. cit.* p. 20.

<sup>1485</sup> AROLD, N.L. GROUSSOT, X. & PETURSSON, G.T., “The Paradox of Human Rights Protection in Europe: Two Courts, One Goal?” *op. cit.* p.4.

<sup>1486</sup> Como señala González Vega: “con un enfoque resueltamente político de la cuestión, rehuendo desconfiado el examen de las alternativas brindadas por la AG, el pesimismo prospectivo del Tribunal desmonta con lacónica contundencia —no exenta de alguna incoherencia con sus posiciones anteriores— las «cuadernas» del proyecto de Acuerdo que, «desarbolado», difícilmente podrá alcanzar el puerto de una hipotética revisión”, GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.29.

<sup>1487</sup> POLAKIEWICZ, J. “Europe’s multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks”, Lecture at Waseda University Tokyo 13 March 2016. “*Praktische konkordanz*” es un concepto desarrollado por el constitucionalista alemán Konrad Hesse que hace referencia a aquellas situaciones en las que colisionan dos derechos fundamentales y es necesario interpretar la norma en un sentido que respete la esencia de ambos y no prevalega uno sobre el otro.

<sup>1488</sup> Como apunta Cervell: “Hace bien, sí, el TJUE en defender lo suyo (el Derecho de la Unión), pues no en vano es esa su función, pero hará mal la Unión si, aun teniendo presente que no puede perder su esencia por el camino, no busca una salida a la cuestión”, CERVELL HORTAL, M.J. “El rechazo del TJUE al

este pronunciamiento: “El dictamen 2/13 resulta, pues, jurídicamente criticable, políticamente suicida y doctrinalmente (muy) pobre”<sup>1489</sup>.

---

acuerdo de adhesión al CEDH: amarás a la unión sobre todas las cosas y a su Tribunal de Justicia como a ti mismo” *op. cit.* p.11.

<sup>1489</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.866.

## 5.2. Consecuencias del Dictamen 2/13

### 5.2.1 Impacto del Dictamen 2/13 sobre el proceso de adhesión: *Quo vadis?*

#### 5.2.1.1 Posibles vías tras un dictamen negativo

Tras la respuesta del Tribunal en el Dictamen 2/13, es ineludible plantearse hacia dónde se dirige el procedimiento de adhesión de la Unión al Convenio<sup>1490</sup>. El artículo 218.11 del TFUE es categórico al respecto: “(...) En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados”. Por tanto, existen dos alternativas en el camino hacia la adhesión: la reforma del acuerdo o un cambio del Derecho primario de la Unión. Fuera de esta disyuntiva, la opción de desistir de adherirse al Convenio no es posible con el marco jurídico actual, dado que, como se ha reiterado a lo largo del presente trabajo, se trata de un mandato establecido en los propios Tratados<sup>1491</sup>.

Las reacciones tanto en el Consejo de Europa como en la Unión Europea tras la publicación del Dictamen 2/13 indican que el proceso de adhesión seguirá adelante. Jean-Claude Juncker, presidente de la Comisión Europea, manifestaba en un discurso ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 19 de abril de 2016 que la adhesión es una “prioridad política” para la Comisión y que no descansarán hasta que encuentren una solución<sup>1492</sup>. Además, el Programa de Trabajo de la Comisión para 2017 refleja lo

---

<sup>1490</sup> A este respecto, Besselink, Claes y Reestman apuntan: “And yet it is fully within the Court’s powers to give a negative opinion. It is, however, not in the power of the Court to decide what to do next” BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. (2015) “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *European Constitutional Law Review*, 11, pp. 2-12, p.2.

<sup>1491</sup> Los Estados miembros podrían decidir no adherirse y revocar tal mandato, pero para ello deben revisar los Tratados para modificar el artículo 6.2 TUE y eliminar tal obligación.

<sup>1492</sup> Véase el discurso de Jean-Claude Juncker en el siguiente enlace: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-16-1487\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-1487_en.htm) (último acceso: 13 de octubre de 2016). En la misma línea, el vicecomisario Frans Timmermans, responsable de la mejora de la legislación, relaciones interinstitucionales, Estado de Derecho y Carta de los Derechos Fundamentales, pronunciaba las siguientes palabras en febrero de 2015: “Let me also use this occasion to address a related issue: many of you may also wonder about the state of play concerning EU accession to the European Convention on Human Rights following the opinion of the Court of last December. Accession to the ECHR remains a top priority for the Commission and for me personally. I strongly believe that it would lead to a further strengthening of fundamental values. However, the Opinion of the Court has raised a number of significant challenges, and some of them are not easy to meet. Which is why I believe we need a reflection period giving us time for consultations with stakeholders on the best way forward”, Speech of First Vice-President Frans Timmermans to the European Parliament, Commission Statement: EU framework for democracy, rule of law and fundamental rights, Strasbourg, 12 February 2015.

siguiente: “*We will continue to work towards accession of the Union to the European Convention on Human Rights, taking full account of the rulings of the European Court of Justice*”<sup>1493</sup>. El Consejo de la Unión Europea también manifestaba su firme determinación de proseguir con la adhesión: “*It is a clear, specific mandatory requirement set up by the Lisbon Treaty, under the conditions provided for in Protocol 8. The accession process has to be pursued and the strong commitment of the EU to this process should be expressed towards our partners in the Council of Europe*”<sup>1494</sup>. Por su parte, el Parlamento Europeo pedía a la Comisión en una resolución de octubre de 2016 “que, a más tardar en junio de 2017, presente un nuevo proyecto de acuerdo para la adhesión de la Unión al CEDH, a fin de cumplir la obligación consagrada en el artículo 6 del TUE, teniendo en cuenta el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia”<sup>1495</sup>. Posteriormente, en una resolución de diciembre de 2016 afirmaba: “la adhesión de la Unión al CEDH tiene carácter obligatorio en virtud del artículo 6, apartado 2, del TUE; observa que de este modo se vería reforzada la protección de los derechos fundamentales en la Unión y espera que puedan vencerse lo antes posible los obstáculos jurídicos a esta adhesión”<sup>1496</sup>.

En el ámbito del Consejo de Europa, su Secretario General, Thorbjørn Jagland, declaraba ante el Comité de ministros, semanas después de la publicación del Dictamen: “*I remain fully committed and will continue to do what I can to help bring the process forward*”<sup>1497</sup>. Posteriormente, el Comité Director de Derechos Humanos, en un informe de diciembre de 2015, no manifestaba con la misma seguridad que la adhesión se producirá, al expresar literalmente: “*At this time, it remains to be seen when, how and if accession will be*

<sup>1493</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions, Commission Work Programme 2017, Strasbourg, 25.10.2016 COM(2016) 710 final, p.12.

<sup>1494</sup> Véanse los apartados 18 y 19 del Documento 12528/15 del Consejo de la Unión Europea, de 2 de octubre de 2015, disponible en: <http://db.eurocrim.org/db/en/vorgang/235/> (último acceso: 23 de noviembre de 2016)

<sup>1495</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2016, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales (2015/2254(INL)).

<sup>1496</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2016, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en 2015 (2016/2009(INI)). Conviene recordar que en la propia página del Parlamento Europeo, en el área de justicia y derechos fundamentales, el proyecto de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos aparece clasificado en la categoría de “*derailed*” (descarrilado): <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-completion-of-eu-accession-to-the-echr> (último acceso: 7 de abril de 2017). En el momento de presentación de este trabajo, aún no hay ninguna decisión concluyente sobre qué vía se escogerá para proseguir con la adhesión. En la página señalada del Parlamento Europeo se explica de forma somera: “*Currently, solutions are being considered, which could imply a renegotiation of the agreement*”.

<sup>1497</sup> POLAKIEWICZ, J. “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR)” *op. cit.* p.22.



*completed*<sup>1498</sup>. El Comité de ministros del Consejo de Europa ha declarado su “compromiso con la adhesión, con el objetivo de reforzar la coherencia en la protección de los derechos humanos a lo largo del continente para el beneficio de todos”<sup>1499</sup>. A pesar de esta voluntad firme de proseguir con la integración de la Unión en el Convenio, los obstáculos expresados por el TJUE complican sobremanera el proceso<sup>1500</sup>. Hará falta una considerable inversión de tiempo y esfuerzo para superarlos<sup>1501</sup>. Como señalaban Sonia Morano-Foadi y Stelios Andreadakis ante el Comité de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo: “*It is up to both sides to use this period of time to reflect on what went wrong, what can be improved and what is the most appropriate way forward*”<sup>1502</sup>.

#### 5.2.1.1.1 Revisión de los Tratados

Ninguna de las dos opciones del artículo 218.11 TFUE supone una vía sencilla. La revisión de los Tratados se antoja como un procedimiento complicado, no ya desde una perspectiva jurídica, sino, principalmente, desde un prisma político. En un momento tan delicado para la Unión, sumar la voluntad de los 28 Estados miembros<sup>1503</sup> no parece una cuestión fácil. Suponiendo que se contara con la voluntad política de todos los Estados para proceder a la revisión de los Tratados, estos podrían cambiarse de varias formas. La manera más convencional consistiría en la modificación o eliminación de aquellas disposiciones que colisionen con el acuerdo de adhesión, a la luz de lo expresado por el TJUE en el Dictamen 2/13. Así, hay obstáculos que podrían ser eliminados de manera relativamente fácil modificando las disposiciones que les atañen. Por ejemplo, bastaría

---

<sup>1498</sup> Steering Committee for Human Rights (CDDH), Report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, CM(2015)176-add1final, 7-11 diciembre 2015, apartado 177.

<sup>1499</sup> “Cooperation with the European Union”, Summary Report, 125<sup>th</sup> Session of the Committee of Ministers (Bruselas, 19 de mayo de 2015), párrafo 6.

<sup>1500</sup> Como señala Jacqué: “Les exigences résultant de l’avis rendent la poursuite du processus difficile”, JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice?...Les lectures possibles de l’avis 2/13 de la Cour de Justice” *op. cit.* p.40

<sup>1501</sup> David Thór Björgvinsson, ex juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmaba en una entrevista: “I believe at the very least that it will be dormant for some time. Perhaps several more years are needed before all the issues can be adequately addressed. To me, the requirements that transpired from this Opinion will be very difficult to achieve, legally, and not least politically”, BUTLER, G. “A Political Decision Disguised as Legal Argument? Opinion 2/13 and European Union Accession to the European Convention on Human Rights”, *op. cit.* p 107.

<sup>1502</sup> MORANO-FOADI, A. and ANDREADAKIS, S. “The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Reflections, Solutions and the Way Forward”, Public Hearing on “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking after the ECJ’s Opinion and way forward” European Parliament’s Committee on Constitutional Affairs, 20 April 2016, p.51.

<sup>1503</sup> Cuando se materialice la salida de Reino Unido de la Unión Europea, serán 27 Estados miembros.

con enmendar los artículos 24 TUE y 275 TFUE para otorgar competencia al TJUE sobre los actos adoptados en el marco de la PESC. En cuanto a la objeción relativa al peligro del principio de confianza mutua, podría añadirse al final de los apartados 3<sup>1504</sup> y 4<sup>1505</sup> del artículo 67 “...a menos que tal reconocimiento sea contrario a los derechos fundamentales a la luz del artículo 6 TUE”<sup>1506</sup>. Sin embargo, es mucho más complejo cambiar los Tratados en lo referente a cuestiones del acuerdo que, según el Tribunal, ponen en peligro “la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>1507</sup>, “la naturaleza intrínseca de la Unión”<sup>1508</sup> o “las características específicas del Derecho de la Unión y su autonomía”<sup>1509</sup>. No podría introducirse en los Tratados una cláusula que negara, por ejemplo, la autonomía del Derecho de la Unión (que ni siquiera aparece en los Tratados actualmente) pues iría contra todo lo que ha construido el Tribunal desde la sentencia *Van Gend en Loos* en 1963.

Otra forma más heterodoxa de revisar el Derecho primario de la Unión sería la propuesta por Leonard Besselink. Este académico no sugiere adaptar los Tratados a cada una de las objeciones del Tribunal, sino, por el contrario, incluir un Protocolo – el denominado “*Notwithstanding Protocol*”<sup>1510</sup> - que establezca: “*The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, notwithstanding Article 6(2) Treaty on European Union, Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union and Opinion 2/13 of the Court of Justice of 18 December 2014*”. Para disipar cualquier sombra de duda sobre si se trata de una reforma de los Tratados o no, propone añadir: “*This Protocol effects a revision of the Treaties in the sense of Article 218(11) of the Treaty on European Union*”. La razón que aduce para proponer esta medida es que, teniendo en cuenta que veinticuatro Estados se

<sup>1504</sup> Artículo 67.3 TUE: “La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.”

<sup>1505</sup> Artículo 67.4 TUE: “La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.”

<sup>1506</sup> BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *op. cit.* p.7.

<sup>1507</sup> Véase el apartado 188 del Dictamen 2/13.

<sup>1508</sup> Véase el apartado 193 del Dictamen 2/13.

<sup>1509</sup> Véase el apartado 200 del Dictamen 2/13.

<sup>1510</sup> Véase su propuesta en BESSELINK, L. “Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13” *Verfassungsblog*, 23 de diciembre de 2014, disponible en:

<http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VJI0WPcMABh> (último acceso: 9 de octubre de 2016) y en BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. (2015) “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *op. Cit.* p. 7 y ss.

han manifestado a favor del acuerdo de adhesión— y por tanto, asume que se mostrarán partidarios de modificar los Tratados para permitir que la adhesión sea posible —, será más fácil convencer a los cuatro restantes<sup>1511</sup> para cambiar el Derecho primario de la Unión que negociar otra vez con el resto de Partes del Consejo de Europa para lograr un nuevo acuerdo<sup>1512</sup>. No obstante, esta propuesta ha encontrado la oposición de varios autores, como Halberstam, que considera que adoptando ese Protocolo se estaría sorteando el artículo 48 TUE, única vía legal para modificar los Tratados<sup>1513</sup>. Jörg Polakiewicz afirma que tal propuesta sería posible legalmente pero no respetaría el papel del TJUE ni sería realista en términos políticos<sup>1514</sup>. Eleanor Spaventa sostiene que es mejor evitar una colisión entre el poder ejecutivo y el poder judicial de la Unión<sup>1515</sup>. Kuijper afirma que se trata de una solución demasiado radical para las instituciones de la Unión e incluso para varios Estados miembros<sup>1516</sup>. Besselink responde a estas críticas afirmando que, precisamente, volver a la mesa de negociación es lo que sería contrario a los Tratados, ya que se estaría invistiendo al Tribunal de un poder constitucional contrario a aquellos<sup>1517</sup>.

---

<sup>1511</sup> Más bien a los tres restantes, teniendo en cuenta la (próxima aunque indeterminada) salida del Reino Unido de la Unión Europea tras el “Brexit”. A propósito de este país, Letteron considera que, precisamente, el Dictamen 2/13 es muestra de la creciente influencia británica en la Unión. Conviene precisar que Letteron hizo ese análisis en diciembre de 2014, un año y medio antes del referéndum de 23 de junio de 2016, en el que una (ajustada) mayoría de ciudadanos británicos optó por la salida del Reino Unido de la Unión. LETTERON, R. “Adhésion de l’UE à la Convention européenne des droits de l’homme : La CJUE se lance dans le protectionnisme”

<sup>1512</sup> BESSELINK, L. “Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13” *op. cit.* p.2; Besselink explica así los problemas que se ahorarrarían gracias a su propuesta: “This way of proceeding obviates the need to go through all varieties of possible solutions to the large list of problems thrown up in Opinion 2/13, and its attending uncertainties – one of which is even how many the Court has identified. Instead of getting lost in the thicket of member state disagreements on each of the various topics, all of which run the risk of derailing the process, it clears the road to accession by placing the political objective that the Union is set to attain centre stage” BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. (2015) “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *op. cit.* p.8.

<sup>1513</sup> HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights” *op. cit.* p.107.

<sup>1514</sup> POLAKIEWICZ, J. “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) – An Insider’s View addressing One by One the CJEU’s Objections in Opinion 2/13” *op. cit.* p.22.

<sup>1515</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *op. cit.* p.55, nota 86.

<sup>1516</sup> KUIJPER, P.J. “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog” *op. cit.* p. 1

<sup>1517</sup> Besselink responde así a las críticas de desobediencia: “This is what is at stake when the question of the Union’s accession is raised: the Union’s commitment to the political values underlying European integration. It is this consideration that renders unfounded the allegations that a ‘notwithstanding protocol’ is a form of ‘disobedience’ to the Court, of undermining its authority further than it has itself already done in Opinion 2/13, and even of such a protocol being in conflict with the duty of loyal cooperation. To the contrary, suggesting that the member states have to carry out the Court’s opinion and must go back to the negotiating table to redraft the terms of the accession to do so, is simply contrary to the clear wording of Article 218(11) TFEU. It would be vesting the Court with a constitution-making power that is clearly at variance with the Treaties”, BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. (2015) “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *op. cit.* p.10.

### 5.2.1.1.2. Modificación del acuerdo de adhesión

La opción de negociar un nuevo acuerdo para introducir las exigencias del TJUE tampoco está exenta de problemas<sup>1518</sup>. En primer lugar, hay que tener muy presente que no sólo se trata de obtener la acquiescencia de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>1519</sup>, sino que deben dar su consentimiento al nuevo acuerdo el resto de Estados del Consejo de Europa. En efecto, como señala de forma metafórica Jean-Paul Jacqué: “*It takes two to tango*”<sup>1520</sup>. Es previsible que Estados como Rusia o Turquía no acepten un acuerdo que privilegie claramente a la Unión Europea en materias tan fundamentales como la política exterior o el espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>1521</sup>. En segundo lugar, si bien el nuevo acuerdo de adhesión no puede violar la autonomía de la Unión y sus características específicas, tampoco debe vulnerar la integridad del sistema del Convenio<sup>1522</sup>. Como

---

<sup>1518</sup> A pesar de las dificultades que entraña, hay autores que apuestan claramente por esta opción, como Jacqué, que afirma: “Il est plus sage d’aborder les objections de la Cour de justice une par une et de trouver pour chacune une solution appropriée. Cependant, il ne faut pas se dissimuler que la situation est délicate” JACQUÉ, J. P. “L’adhésion    la Convention européenne des droits de l’homme après l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne” *op. cit.* p. 6.

<sup>1519</sup> Si sólo atendemos a la parte de la Unión Europea, según Steve Peers, dado que el artículo 6.2 TUE establece una obligación de resultado, la Comisión tiene el deber de solicitar una enmienda a su mandato para negociar, el Consejo tiene la obligación de concedérselo y los Estados deben apoyar la posición de la Unión. Lo contrario situaría a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros en una complicada situación, al poder enfrentarse los primeros a un procedimiento por omisión y los segundos a un procedimiento de incumplimiento, PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare” *op. cit.* p.219.   sa es la teoría, pero lo cierto es que, en la práctica, no hay garantía ninguna de que todos los Estados miembros se pongan de acuerdo en otorgar un mandato negociador en el seno del Consejo, como señalan Besselink, Claes y Reestman en “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *op. cit.* p.4.

<sup>1520</sup> JACQUÉ, J.P. “Non    l’adhésion    la Convention européenne des droits de l’homme?” *Droit de l’Union Européenne*, 23 de diciembre de 2014 disponible en <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458/2394230/posting/texte> (  ltimo acceso: 13 de octubre de 2016).

<sup>1521</sup> Como señala Tobias Lock: “There is no reason why, for instance, the non-EU parties to the ECHR should politically agree to the wide-ranging exclusions (of many aspects of the AFSJ, the CFSP, Article 53 ECHR) called for by the CJEU” LOCK, T. “Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR” *op. cit.* p.3. En el mismo sentido se pronuncia Halleskov Storgaard: “it appears unlikely that the non-EU states and the ECtHR would be willing to accommodate the remaining, far-reaching objections (relating to Article 53 ECHR, the jurisdiction over CFSP matters and the EU principle of mutual trust)—and the language and tone of Opinion 2/13 does not exactly provide positive impetus to a debate hereon”, HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On *Opinion 2/13* on EU Accession to the ECHR” *op. cit.* p.36.

<sup>1522</sup> Son varios los autores que han manifestado esta preocupación. V  ase, por ejemplo, la afirmación de Polakiewicz y Brieskova: “Going beyond what has been achieved during the negotiations risks sacrificing the role and status of the ECtHR under the Convention”, POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *op. cit.* p.2; Krommendijk apuntala: “This would grant the EU a more favourable position under the ECHR than the other States Parties, which would undoubtedly result in similar requests from other States Parties to the ECHR or be used as justification for their non-compliance with the ECHR or judgments of the ECtHR. This would thus erode the ECHR regime”, en KROMMENDIJK, J. ‘The CJEU’s Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: *Opinion 2/13* as a Game Changer?’ *op. cit.* p. 7; También Martín y Pérez de Nanclares manifiesta: “El TJUE no puede

veremos a continuación, si se acomodaran ciertas objeciones de la forma en la que propone el Tribunal de Luxemburgo, el mecanismo de control del Convenio sufriría un duro quebranto<sup>1523</sup>. En tercer lugar, no hay garantía de que un nuevo acuerdo de adhesión supere el escrutinio del TJUE<sup>1524</sup>, en caso de que se solicitara un dictamen otra vez para determinar su compatibilidad con los Tratados<sup>1525</sup>.

A pesar de estos inconvenientes, todos los documentos del Consejo<sup>1526</sup> parecen apuntar a que se va a proseguir por la vía de la modificación del acuerdo, en cuyo caso las

---

pretender que la adhesión de la Unión al CEDH se haga al precio de desvirtuar por completo las peculiaridades del resto de ordenamientos con los que entra en concurrencia, en el caso del CEDH con el propio control externo ejercido por el TEDH. Puede aspirar a introducir particularidades razonables en ese control sobre actos de la Unión, pero no parece razonable pedirle que dicha participación se torne en la exigencia de desdibujar por completo el ya asentado sistema de control diseñado por el CEDH” MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13...” *op. cit.* p.859. Sánchez Patrón sostiene: “a la vista del calado de los cambios a incorporar en una futura revisión del acuerdo de adhesión, cabe preguntarse si, con su introducción, no se acabaría desnaturalizando el propio sistema de control – su fundamento y sus características – instaurado por el CEDH y representado por el TEDH” SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: los dictámenes del Tribunal de Justicia y el posicionamiento del Estado español” *op. cit.* p.12.

<sup>1523</sup> ODERMATT, J. “A Giant step backwards? Opinion 2/13 on the EU’s accession to the European Convention on Human Rights” *op. cit.* p. 14.

<sup>1524</sup> En este sentido, Walter Michl afirma: “The path to accession is very obscure after Opinion 2/13 – so much so that it is unclear if any accession agreement at all would withstand the Court’s scrutiny next time”, MICHL, W. “Still a flawed decision” *op. cit.* p.2; En la misma línea, Besselink, Claes y Reestman: “the outcome of the renegotiated, third, draft Accession Agreement could yet again be subjected to the scrutiny of the Court of Justice, which has shown an unusual degree of unpredictability, given its striking down of some of the provisions of the accession agreement it had itself insisted upon” BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. (2015) “A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)” *op. cit.* p.5.

<sup>1525</sup> Solicitar un dictamen al TJUE es potestativo, no obligatorio, como puede inferirse de la literalidad del artículo 218.11 TFUE: “Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión *podrán* solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto.” (Énfasis añadido). A este respecto, varios autores plantean que, a la vista del resultado del Dictamen 2/13, puede que la Comisión se arrepienta de haberlo solicitado, dado que era puramente facultativo. Véase LETTERON, R. “Adhésion de l’UE à la Convention européenne des droits de l’homme: La CJUE se lance dans le protectionnisme” dimanche 21 décembre 2014, disponible en: <http://libertescherries.blogspot.com.es/2014/12/adhesion-de-lue-la-convention.html?spref=tw> (último acceso: 13 de octubre de 2016) p.2 o HALBERSTAM, D. “It’s the Autonomy, Stupid!” A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights” *op. cit.* p.108.

<sup>1526</sup> En la primera reunión informal del COREPER el 28 de enero de 2015, se alcanzó un acuerdo en las modalidades de la futura discusión técnica. Las delegaciones coincidieron en que era necesario identificar las enmiendas del texto del acuerdo de adhesión que serían necesarias para acomodar los problemas identificados por el TJUE (Véase el párrafo 2 del Anexo del Documento del Consejo de la Unión Europea nº 7812/15 de 9 de abril de 2015, disponible en: <http://db.eurocrim.org/db/en/doc/2299.pdf>, último acceso: 2 de marzo de 2017). Posteriormente, en el seno del Consejo de la Unión Europea, el Grupo “Derechos Fundamentales, Derechos de los Ciudadanos y Libre Circulación de Personas” (conocido por las siglas “FREMP”) se reunió tres veces a lo largo del año 2015 para debatir sobre las cuestiones técnicas que sería necesario resolver en un nuevo acuerdo; el 9 de abril, el 21 de abril y el 24 de noviembre (Véase el Documento del Consejo de la Unión Europea 15422/15 de 18 de diciembre de 2015). Véase también un documento del mismo grupo FREMP con contribuciones de los servicios de la Comisión para la modificación del mecanismo del codemandado y el procedimiento de intervención previa para acomodar las objeciones del TJUE en el Dictamen “Meeting document, technical written contribution from the Commission services – co-respondent mechanism – prior involvement of the CJEU” - DS 1216/15, 14 April 2015.

enmiendas al mismo son ineludibles<sup>1527</sup>. En el Dictamen 2/13, el TJUE ha proporcionado al futuro equipo negociador una lista de las cuestiones que deben ser modificadas<sup>1528</sup>. Desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica, a continuación exponemos las posibles respuestas a las distintas objeciones con el fin de acomodar las exigencias del Tribunal. No obstante, al leer las soluciones sugeridas, conviene tener muy presentes los inconvenientes que presentan la mayoría de ellas, como hemos expresado en los Capítulos III y IV del presente trabajo.

Objeción del Tribunal	Posibles soluciones
1. Falta de coordinación entre el artículo 53 CEDH y el artículo 53 Carta	Declaración interpretativa de la Unión y de los Estados miembros (anexa a los instrumentos de adhesión) o introducción en el propio acuerdo de adhesión de una disposición en la que se especifique que el artículo 53 CEDH no habilita a los Estados de la Unión a otorgar una mayor protección de los derechos fundamentales si compromete la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión
2. Peligro para el principio de confianza mutua	Declaración interpretativa de la Unión y de los Estados miembros explicando tanto la naturaleza como la importancia de este principio para el Derecho de la Unión Europea <sup>1529</sup> .

<sup>1527</sup> Morano-Foadi y Andreadakis consideran que se podrá modificar el acuerdo y llegar a una solución siempre que haya voluntad política: “Negotiations need to take place and all parties involved will have to adopt a different - more pragmatic - approach, with view to tick all the boxes, fill in all the gaps and come up with a workable Accession Agreement. Once this happens, it will be a matter of commitment and political will, because, as mentioned earlier, politics is always the driving force for changes and changes in the law happen only when supported by political will.” MORANO-FOADI, A. and ANDREADAKIS, S. “The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Reflections, Solutions and the Way Forward” *op. cit.* p.52.

<sup>1528</sup> Catherine Barnard habla expresamente de la “shopping list” que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión, BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining” *op. cit.* p.4.

<sup>1529</sup> Esta propuesta ha sido realizada por el profesor Jacqué en JACQUÉ, J. P. “L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme après l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne” *op. cit.* p.8. Conviene señalar que los profesores Morano-Foadi y Andreadakis sugieren introducir una disposición que excluya el ELSJ de la jurisdicción del TEDH. Consideramos que tal exclusión constituiría una reserva de carácter general prohibida por el CEDH en su artículo 57, y por tanto, sería contraria a Derecho. Ésta es la razón por la que no incluimos esa opción en esta tabla. MORANO-FOADI, A. and ANDREADAKIS, S. “The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Reflections, Solutions and the Way Forward” *op. cit.* p.45 y ss.

	<p>Más concretamente, la cláusula podría ser la siguiente:</p> <p>“Los Estados miembros, cuando ejecuten Derecho de la Unión, pueden ser requeridos en virtud de este Derecho para presumir que han sido respetados los derechos fundamentales en los demás Estados miembros. Sin embargo, permanecen obligados a rechazar la cooperación con otro Estado miembro prevista en el instrumento que prevé el reconocimiento mutuo si existen fundamentos sustanciales para creer que dicha cooperación daría lugar a una seria violación de los derechos fundamentales tal y como se protegen en el CEDH y sus protocolos”<sup>1530</sup></p>
3. Falta de articulación entre el Protocolo nº 16 y la cuestión prejudicial	Introducción de una disposición en el acuerdo de adhesión que establezca que los tribunales de los Estados miembros cuando traten asuntos que tengan por objeto la interpretación, aplicación o validez del Derecho de la Unión, se abstendrán de solicitar un dictamen al TEDH y elevarán una cuestión prejudicial al TJUE.
4. Colisión entre el artículo 33 CEDH y el artículo 344 TFUE	Introducción de una disposición en el acuerdo de adhesión que excluya la competencia del TEDH sobre las disputas entre Estados miembros o entre ellos y la Unión en asuntos concernientes a la aplicación del CEDH en el ámbito del Derecho de la Unión.

<sup>1530</sup> Esta redacción ha sido propuesta en *Note on Mutual Trust and Opinion 2 vs. 13 on Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Standing Committee of Experts on International Immigration, Refugee and Criminal Law, abril de 2015, <http://www.statewatch.org/news/2016/apr/eu-meijers-cttee-eu-echr.pdf> (último acceso: 21 de diciembre de 2016). La redacción originaria en inglés es la siguiente: “When implementing European Union law, the Member States may, under European Union law, be required to presume that fundamental rights have been observed by the other Member States. The Member States remain obliged to refuse cooperation with another Member State if there are substantial grounds for believing that such cooperation results in a serious breach of human rights and fundamental freedoms as recognised in the Convention or the protocols.”

	Otra opción sería una Declaración vinculante adoptada por los Estados miembros con anterioridad a la adhesión manifestando que no iniciarán o participarán en procedimientos bajo el artículo 33 CEDH cuando el objeto de la disputa esté dentro del ámbito material del Derecho de la Unión <sup>1531</sup>
5. El poder del TEDH para decidir sobre la solicitud para ser codemandado	Modificación del apartado 5 del artículo 3 del proyecto de adhesión. El reconocimiento de la condición de demandado no estaría sometida al análisis del TEDH, sino que sería “automático” a solicitud de la Unión o sus Estados miembros.
6. La posible condena a un EM por parte del TEDH por violación de una disposición respecto de la cual hubiese realizado una reserva	Modificación del apartado 7 del artículo 3 del Proyecto de acuerdo para introducir una aclaración de que no podrá afectar a las reservas efectuadas por un Estado miembro.
7. El poder de decisión del TEDH sobre que sólo el demandado o el codemandado sea individualmente responsable	Modificación del apartado 7 del artículo 3 del Proyecto de acuerdo que elimine la posibilidad de que el TEDH pueda decidir que sólo el demandado o el codemandado es responsable.
8. El poder de decisión del TEDH sobre la activación del procedimiento de intervención previa	Modificación del apartado 6 del artículo 3 del Proyecto de acuerdo de tal forma que sea la institución competente de la Unión quien decida si el TJUE ya se ha pronunciado sobre esa cuestión objeto del asunto y en caso contrario, iniciar el procedimiento de intervención previa.

<sup>1531</sup> Propuesta por la Abogada General Kokott en sus conclusiones en el apartado 120.



	Asimismo, debería introducirse en el acuerdo que el TEDH debe informar sistemáticamente a la Unión de cualquier asunto pendiente ante el TEDH que pudiera concernirle (aquellos casos en los que la Unión podría ser codemandada)
9. El ámbito material del procedimiento de intervención previa	Modificar el punto 66 del Proyecto de informe explicativo al acuerdo de adhesión para aclarar que la expresión “examinar la compatibilidad de la disposición” del apartado 6 del artículo 3 se refiere no sólo a pronunciarse sobre la validez de una disposición del Derecho derivado y sobre la interpretación de una disposición de Derecho primario, sino también a la interpretación del Derecho derivado.
10. La atribución en exclusiva al TEDH del control jurisdiccional de los actos adoptados en el ámbito PESC	Revisión de los Tratados de la Unión para atribuir competencia al TJUE sobre todos los actos adoptados en el ámbito de la PESC

Tabla nº4: Posibles soluciones a las objeciones del Tribunal en el Dictamen 2/13. Elaboración propia.

Las cuatro primeras objeciones del Tribunal exigirían externalizar cuestiones puramente internas de la Unión y de los Estados miembros, con todos los problemas que eso supondría para el sistema del Convenio, tal y como explicamos en los Capítulos III y IV del presente trabajo<sup>1532</sup>. Consideramos que las objeciones más aceptables y de más fácil acomodo son las relativas al mecanismo de pronunciamiento previo y el codemandado

<sup>1532</sup> Como señala Polakiewicz: “The main point is whether additional safeguards for the EU are really necessary and would be acceptable to non-EU Member States”, POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *op. cit.* p.2. Consideramos que tales garantías adicionales no son necesarias, sino que podrían solucionarse de forma interna por el Derecho de la Unión. No obstante, sería preciso introducirlas para dar acomodo a lo exigido por el TJUE en el Dictamen 2/13, de conformidad con el artículo 218.11 TFUE.

(objeciones 5, 6, 7, 8 y 9)<sup>1533</sup>. Por último, la objeción relativa a la PESC es la que mayores complicaciones plantea. La exención de la competencia del TEDH sobre este ámbito es inviable porque supondría una reserva de carácter general, prohibida por el artículo 57 del Convenio. Tan sólo quedaría entonces la revisión de los Tratados para atribuir competencia al TJUE sobre todos los actos adoptados en el ámbito de la PESC<sup>1534</sup>. Si bien esta opción sería muy deseable, parece poco factible por las reticencias de los Estados miembros a atribuir este poder al Tribunal de Luxemburgo.

Más allá de estos asuntos técnicos, una cuestión se impone: ¿merece la pena la adhesión en estos términos? Como señala Tobias Lock, tras el Dictamen 2/13 no sólo se plantea la cuestión de si la adhesión es aún posible, sino más importante aún, si es todavía deseable<sup>1535</sup>. En la misma línea, Steve Peers se cuestiona: “*setting aside the legal obligation to accede to the ECHR, is it still worth advocating EU accession to the Convention?*”<sup>1536</sup>. Este autor da una respuesta negativa. Afirma que, si bien los defensores de los derechos humanos han propugnado durante años la necesidad de la integración en el sistema del CEDH con el fin de asegurar un control externo efectivo, una adhesión en los términos exigidos por el TJUE reduciría los estándares de protección de los derechos sobre todo sobre el ELSJ y la PESC<sup>1537</sup>. Sánchez Patrón también manifiesta su preocupación: “Un acuerdo de adhesión revisado que incorpore las exigencias establecidas por el TJUE es posible, pero, difícilmente, este nuevo intento puede alcanzarse sin desvirtuar el sistema de control establecido por el CEDH y que encarna el

---

<sup>1533</sup> Jean Paul Jacqué es de la misma opinión, JACQUÉ, J. P. “L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme après l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne” *op. cit.* p.7. Buena muestra de que son las objeciones más fácilmente acomodables es que el documento del Consejo en el que se empiezan a plantear modificaciones al acuerdo de adhesión para responder a las objeciones del TJUE, sólo se refiere al mecanismo del codemandado y al pronunciamiento de intervención previa, guardando silencio sobre el resto de cuestiones. Véase el Meeting document, technical written contribution from the Commission services – co-respondent mechanism – prior involvement of the CJEU - DS 1216/15, 14 April 2015

<sup>1534</sup> Probablemente la frase que mejor resume las carencias de la PESC en materia de tutela judicial efectiva sea ésta de Kuijper: “All the beautiful words of the Court on this subject cannot hide that here the emperor is naked”, KUIJPER, P.J. “Reaction to Leonard Besselink’s ACELG Blog” *op. cit.* p.3. Según O’Meara, en caso de que finalmente se decidiera revisar los Tratados para solventar la objeción relativa a la PESC, sería deseable y eficiente que tal proceso de modificación del Derecho primario fuera paralelo al proceso de ratificación del nuevo acuerdo de adhesión, O’MEARA, N. “Lisbon via Stockholm, Strasbourg and Opinion 2/13: prospects for citizen-centred protection of fundamental rights?” *op. cit.* p.101.

<sup>1535</sup> LOCK, T. “The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?” *op. cit.*

<sup>1536</sup> PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare” *op. cit.* p.222.

<sup>1537</sup> PEERS, S. “The EU’s Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare” *op. cit.* p.222. Es más, en otro trabajo, Steve Peers llega a afirmar: “EU accession to the Convention, in the terms defined today by the CJEU, could only appeal to those who don’t like human rights very much.” PEERS, S. “The CJEU and the EU’s accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection” *op. cit.*

TEDH; en particular, uno de sus elementos cardinales: el sometimiento de la UE – esto es, del conjunto de sus instituciones - a sus resoluciones judiciales con las que declarará la conformidad del Derecho de esta Organización internacional con el CEDH. Porque, si esta cuestión nuclear no se contempla de algún modo en un futuro acuerdo, caso de que éste finalmente se alcanzase, ¿qué sentido tendría entonces la adhesión?”<sup>1538</sup>. Sostenemos que, a pesar de todas estas (más que legítimas) consideraciones, la adhesión sigue siendo necesaria por todas las razones explicadas en el Capítulo II, que el Dictamen 2/13 no hace sino reforzar. No obstante, consideramos que sería deseable que la Unión resolviera tanto las cuatro primeras objeciones como la décima relativa a la PESC mediante reglas internas en lugar de tener que trasladar dichos problemas al acuerdo de adhesión, y por ende, al sistema del Convenio.

#### **5.2.1.1.3 La tercera vía: otras propuestas**

Aparte de la dicotomía entre modificación del acuerdo de adhesión y el cambio de los Tratados, varios académicos han desarrollado su creatividad en una suerte de “tercera vía” a este *impasse* provocado por la negativa del Tribunal. En este contexto, la profesora Spaventa propone que la Comisión Europea, el Consejo y el Parlamento Europeo emitan una Declaración conjunta pública afirmando que se consideran vinculadas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>1539</sup>. Asimismo, sugiere que estas instituciones declaren que cuando esta Alta Jurisdicción considere que un acto de la Unión es incompatible con el CEDH, actuarán a la mayor brevedad posible para enmendarlo. Spaventa se inspira para su propuesta en la Declaración conjunta que esas tres instituciones emitieron en 1977 - estudiada en el Capítulo I del presente trabajo - en la que afirmaban su intención de respetar los derechos humanos, a pesar de que entonces los Tratados no preveían nada referente a la protección de aquéllos<sup>1540</sup>. Spaventa recuerda otro precedente: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión fue proclamada por estas tres instituciones antes de que adquiriera fuerza jurídicamente vinculante con el Tratado de Lisboa. Consideramos que esta propuesta no se trataría más que de un “parche” a la espera de una auténtica adhesión, por todas las

---

<sup>1538</sup> SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: los dictámenes del Tribunal de Justicia y el posicionamiento del Estado español” *op. cit.* p.15.

<sup>1539</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *op. cit.* p.55 y ss.

<sup>1540</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *op. cit.* p.55 y ss.

razones enumeradas en el Capítulo II del presente trabajo. Concretamente, el aspecto más importante es que el TEDH seguiría sin tener competencia *ratione personae* sobre la Unión Europea, y por tanto, inadmitiría cualquier demanda dirigida contra ésta<sup>1541</sup>.

Por su parte, Kuijper considera que gran parte de los problemas expresados por el Tribunal en el Dictamen no derivan del propio acuerdo de adhesión, sino del uso e interpretación que las instituciones y los Estados miembros *podrían* hacer del mismo. Por esta razón, este autor sostiene que no tiene sentido volver a la mesa de negociación, sino que lo que deberían hacer tanto las instituciones como los Estados es realizar declaraciones unilaterales<sup>1542</sup> o acuerdos entre los Estados miembros<sup>1543</sup>. Dentro de su propuesta, Kuijper sugiere la utilización de cláusulas de desconexión para la objeción relativa al principio de confianza mutua y para la referente a las demandas interestatales. No es el único. Varios autores se han hecho eco de esta solución alternativa<sup>1544</sup>. Como se explicó en el epígrafe relativo al artículo 344 TFUE y el artículo 33 CEDH, el objetivo de estas cláusulas es hacer prevalecer el Derecho de la Unión en las relaciones intracomunitarias en el marco de un acuerdo internacional con terceros y no las disposiciones de aquel<sup>1545</sup>. Sin embargo, como señala acertadamente José Manuel Cortés Martín, estas cláusulas plantean varios problemas jurídicos ya que otorgan una exclusividad sólo a determinadas partes en un tratado multilateral<sup>1546</sup> - en este caso, a los Estados miembros de la Unión Europea, en detrimento del resto de Partes en el Convenio - . Asimismo, son dudosamente compatibles con el objeto y el fin de un Tratado de protección de derechos humanos como es el CEDH, concebido para la protección de los

---

<sup>1541</sup> Cuestión distinta es que el Tribunal seguiría ejerciendo un escrutinio indirecto sobre la actividad de la Unión, como sucede en la actualidad. Pero, como vimos en el Capítulo II del presente trabajo, ese control externo no será completo hasta que la adhesión se produzca.

<sup>1542</sup> Peers también contempla esta opción en PEERS, S. "The EU's Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare" *op. cit.* p.217.

<sup>1543</sup> Kuijper considera que las declaraciones unilaterales o los acuerdos entre Estados miembros podrían ser soluciones factibles a la mayoría de los problemas que manifiesta el Tribunal, pero no a todos. En efecto, cree que serían de difícil aplicación en las objeciones relativas al mecanismo del codemandado, la activación del procedimiento de intervención previa o el control jurisdiccional en materia de PESC. KUIJPER, P.J. "Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog" *op. cit.* p.2.

<sup>1544</sup> CORTÉS MARTÍN, J.M. "Autonomía *versus* sumisión a un control externo..." *op. cit.* p. 13-14; KORNEZOV, "The forthcoming EU accession to the ECHR..." *op. cit.* p. 18-19; LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. "When Caveats Turn into Locks..." *op. cit.* p.197.

<sup>1545</sup> Sobre las cláusulas de desconexión, véase CREMONA, M. "Disconnection Clauses in EU Law and Practice", en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P. (eds), *Mixed Agreements Revisited*, Hart Publishing, 2010; DAWAR, K. "Disconnection Clauses: An Inevitable Symptom of Regionalism?" Society of International Economic Law (SIEL), Second Biennial Global Conference, Universidad de Barcelona, 8-10 julio, 2010, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1632433> (último acceso: 5 de enero de 2017).

<sup>1546</sup> Véase CORTÉS MARTÍN, J.M. "Autonomía *versus* sumisión a un control externo..." *op. cit.* p. 13-14.

derechos fundamentales de las personas frente a *todas* las Partes Contratantes<sup>1547</sup>. Por tanto, la introducción de este tipo de cláusulas está lejos de ser la solución perfecta a estas objeciones planteadas por el Tribunal.

Polakiewicz sostiene que es posible resolver las objeciones del TJUE una por una, identificando soluciones que respeten tanto el orden constitucional de la Unión como la integridad del Convenio. Considera que no bastaría con un nuevo paquete de instrumentos jurídicos para la adhesión, sino que además sería necesario un mensaje político al más alto nivel – del Consejo Europeo, por ejemplo- de que ese nuevo acuerdo cuenta con el apoyo de todos los Estados miembros, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo<sup>1548</sup>. Siempre que haya una fuerte voluntad política, se podrán encontrar soluciones a las objeciones del TJUE “*bringing this never-ending story to a happy end*”<sup>1549</sup>.

---

<sup>1547</sup> Cabe señalar las palabras del profesor Cortés Martín: “insertar una cláusula de desconexión parece incompatible con el mismo concepto de adhesión a un Tratado sobre protección de Derechos humanos, que por su propia naturaleza no establece obligaciones recíprocas para las Partes Contratantes, sino que están dirigidos a proteger derechos básicos de la persona frente a todas las Partes Contratantes, de lo que podría deducirse que derogar disposiciones esenciales de este tipo particular de tratados en las relaciones de algunas partes *inter se* dudosamente sería compatible con el objeto y fin de los Derechos Humanos”, CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.14.

<sup>1548</sup> POLAKIEWICZ, J. “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) – An Insider’s View addressing One by One the CJEU’s Objections in Opinion 2/13” *op. cit.* p.22.

<sup>1549</sup> POLAKIEWICZ, J. “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) – An Insider’s View addressing One by One the CJEU’s Objections in Opinion 2/13” *op. cit.* p.22.

## 5.2.2. Impacto del Dictamen 2/13 sobre la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa

### 5.2.2.1 El triángulo judicial europeo

Hemos examinado las consecuencias *directas* del Dictamen 2/13 sobre el proceso de adhesión. A continuación, vamos a analizar las implicaciones *indirectas* sobre otro ámbito más general e indisolublemente ligado con el tema central de esta tesis: el diálogo judicial en la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Como señalábamos al inicio de este trabajo, la Unión Europea se encuentra inserta en un sistema multinivel de protección de los derechos humanos en el espacio geográfico europeo. En este contexto, el Dictamen marca un hito importantísimo en el diálogo entre los distintos órganos jurisdiccionales que conforman ese espacio jurídico: los tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1550</sup>. Nos

---

<sup>1550</sup> Existe abundante literatura sobre el diálogo entre estos tres niveles jurisdiccionales. Es muy interesante la reflexión que al respecto realiza Daniel Sarmiento: “Judicial Dialogue has become an enigmatic concept in European legal literature and contemporary legal debates. (...) Despite its overexposure, JD (judicial dialogue) remains a fascinating subject. It conveys all the challenges that still haunt the EU’s judicial architecture and constitutional legal order, at the same time it provides conceptual tools to theorize at many levels. It is a device of lawyers, just as it is a device of political scientists and historians. It is descriptive, but can be normative. It is flexible and gives cover to different strands of legal theorists. Overall, JD is something of a meta-principle of the EU’s legal order, still serving its purpose very well”, SARMIENTO, D., *Les dialogues des juges en Europe* by Burkhard Hess and Séverine Ménétreay, book review, *Common Market Law Review* nº 52, issue nº 6, 2015, pp. 1691–1728, p.1691; También conviene señalar la explicación que el profesor Martín Pérez y Nanclares aporta sobre el diálogo judicial: “la confluencia sobre un mismo espacio físico de tres ordenamientos jurídicos distintos con común vocación *constitucional* (declarada) y un órgano jurisdiccional propio con carácter igualmente constitucional y con aspiración a contar con la «última palabra» en sus respectivos ordenamientos exige una cooperación judicial leal, que presume forzosamente una suerte de *diálogo judicial* previo”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13.” *op. cit.* p.857; Asimismo, es necesario hacer referencia a la estrechísima connexion que existe entre el diálogo judicial y la protección de los derechos humanos, como apunta Xavier Souvignet: “Le concept de dialogue des juges, lequel est en passe de devenir l’un des paradigmes centraux de ce *Global Law* qui se déploie sous nos yeux, entretient un rapport manifeste avec celui de droits fondamentaux”, SOUVIGNET, X. “Cour de Justice de l’Union Européenne et Cour européenne des droits de l’homme: dialogue des juges ou objectivité des droits fondamentaux”, en MÉNETREY, S. et HESS, B. *Les dialogues des juges en Europe*, Larcier, Bruselas, 2014, p. 143-154, p.143. Sobre el diálogo judicial en el espacio jurídico europeo de protección de derechos fundamentales, véase, por ejemplo: ALONSO GARCÍA, R., *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014. BENEDIZIONE, L. y PARIS, E. “Preliminary Reference and Dialogue Between Courts as Tools for Reflection on the EU System of Multilevel Protection of Rights: The Case of the *Data Retention Directive*” *German Law Journal* Vol 16 nº6 2015, 1727-1770; CARTABIA, M. “Taking Dialogue Seriously” The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union, *Jean Monnet Working Paper* 12, 2007; JACOBS, F. ‘Judicial Dialogue and the Cross-fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice’ *op. cit.* ; Díez-Hochleitner, J., “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?” *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, nº 17, 2013; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo”, en AAVV, *Tribunal Constitucional y diálogo*

encontraríamos ante un triángulo en cuyos vértices se situarían estas tres jurisdicciones. Como señala el juez del Tribunal de Estrasburgo, Lech Garlicki, mientras estos tribunales estén dispuestos a cooperar entre ellos, el sistema funcionará correctamente. Sin embargo, cuando se produzcan colisiones, el triángulo puede degenerar en un “triángulo de las Bermudas” en el que los derechos individuales y las libertades pueden desaparecer<sup>1551</sup>.

La importancia de esta cuestión ha sido subrayada por los presidentes de varios tribunales nacionales. Con ocasión de la apertura del año judicial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en enero de 2015, el Presidente del Tribunal Constitucional español, Francisco Pérez de los Cobos, declaraba en su discurso: “la dimensión multinivel del sistema europeo de protección de derechos humanos es hoy, con seguridad, el principal desafío al que nos enfrentamos. Un reto que está poniendo a prueba su coherencia y, a la postre, su virtualidad misma en la tutela de los derechos y libertades fundamentales”<sup>1552</sup>. El año anterior, el presidente del Tribunal Constitucional alemán, Andreas Vosskhule, pronunciaba un discurso en el mismo foro - la apertura del año judicial en el TEDH - en el que la tutela multinivel de derechos en Europa constituía el eje central. En su disertación, Vosskhule concluía que la protección de los derechos fundamentales en Europa no es una pirámide, sino una estructura móvil, de tal forma que en vez de constituir una relación jerárquica se rige por la cooperación<sup>1553</sup>.

---

*entre tribunales: XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 161-208 MARTINICO, G. “Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of ‘Hidden Dialogue’”, *Kings Law Journal* n° 21 2010 p.257-281; MORANO-FOADI, S. ‘Fundamental Rights in Europe: “constitutional” dialogue between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights’ *op. cit.*; MURPHY, C. “Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue” Jean Monnet Working Paper 10, 2012; PÉREZ MANZANO, M., “El TC ante la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Sobre el ATC 86/2011, de 9 de junio”, *REDC*, n° 95, 2012, pp. 311-345. ROSAS, A. “The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue”, *European Journal of Legal Studies*, 2007; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ A. “El derecho comunitario y las relaciones entre el TJUE, el TEDDHH y los tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, pgs-329-376; SAIZ ARNAIZ, A., “El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa”, PÉREZ TREMP, P.; CARTABIA, M.; DE WITTE, B. (Dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de resistances? *op. cit.*

<sup>1551</sup> GARLICKI, L. “Cooperation of Courts: the role of supranational jurisdictions in Europe”, *op. cit.* p.512.

<sup>1552</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Audiencia solemne del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de la apertura del año judicial, 30 de enero de 2015, p.13.

<sup>1553</sup> VOSSKHULE, A. “Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts”, discurso pronunciado en la apertura del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 31 de enero de 2014.

El Dictamen 2/13 se inserta plenamente en este contexto<sup>1554</sup> y marca un punto de inflexión en la interrelación entre las tres jurisdicciones<sup>1555</sup>. Varios autores han alertado de las negativas consecuencias que la posición del TJUE en el Dictamen 2/13 podría acarrear para el diálogo judicial en la tutela multinivel de derechos fundamentales en Europa. Según Mjöll Arnardóttir y Buyse, el Dictamen ha intensificado la pugna entre Estrasburgo, Luxemburgo y las jurisdicciones nacionales por ser el “centro de gravedad” de la protección de los derechos humanos en Europa<sup>1556</sup>. El profesor González Vega advierte: “(el Dictamen) puede generar una dinámica conflictiva con otros actores involucrados en el proceso de protección de los derechos fundamentales –no sólo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino las jurisdicciones constitucionales/supremas nacionales– asestando un profundo impacto al sistema europeo de protección de derechos multinivel”<sup>1557</sup>. Ana Maria Guerra Martins afirma que el Dictamen puede abrir “la caja de Pandora” de reacciones adversas por parte de otros “jugadores” en el espacio jurídico europeo<sup>1558</sup>. Por su parte, Martín y Pérez de Nanclares sostiene: “(el Dictamen) podría abrir las puertas a una etapa de cierto conflicto judicial a propósito de la aceptación de las consecuencias jurídicas que las especificidades del Derecho de la Unión provoca en el control judicial ejercido por el TEDH y por los Tribunales Constitucionales en sus respectivos órdenes jurídicos”<sup>1559</sup>. Spaventa considera que el Dictamen 2/13 no sólo es decepcionante por su significado para la protección de

---

<sup>1554</sup> Como señala Giulia Vicini: “The question of the judicial dialogue between the European Courts is at the core of a very lively debate concerning Opinion 2/2013 of the CJEU on the accession of the European Union to the ECHR”, VICINI, G. “The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: Reshaping Non-refoulement in the name of mutual trust?” *op. cit.* p. 59.

<sup>1555</sup> Daniel Sarmiento afirma rotundamente: “This Opinion undermines the very idea of JD (judicial dialogue) and of judicial cooperation in Europe in the area of fundamental rights”, SARMIENTO, D., *Les dialogues des juges en Europe* by Burkhard Hess and Séverine Ménetrey, book review, *Common Market Law Review* n° 52, issue n° 6, 2015, pp. 1691–1728

<sup>1556</sup> MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. y BUYSE, A. “Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations”, Routledge, 2016, p.4.

<sup>1557</sup> GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, abril, 2015, pp. 17-50 p.18.

<sup>1558</sup> GUERRA MARTINS, A.M. “Opinion 2/13 of the Court of Justice in the Context of Multilevel Protection of Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism” *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2016, pp. 27-57, p.53.

<sup>1559</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?” *op. cit.* p. 866. Este mismo autor esperaba con optimismo, antes de que se conociera el Dictamen 2/13, que éste tuviera el efecto contrario, es decir, que contribuyera “a mejorar el sistema europeo de protección de los derechos humanos y (diera) un generoso impulso al necesario diálogo judicial entre los tres niveles de tribunales europeos con pretensión *constitucional* (los Tribunales Constitucionales, el TEDH y el propio TJUE)”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH” *op. cit.* p.399.



los derechos humanos sino también porque muestra una “profunda desconfianza” del TJUE tanto en los tribunales nacionales como en el TEDH<sup>1560</sup>.

En los epígrafes siguientes vamos a analizar el impacto del Dictamen 2/13 sobre los tres vértices del triángulo judicial europeo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las jurisdicciones nacionales y por último, el propio artífice del polémico pronunciamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **5.2.2.2. Implicaciones del Dictamen 2/13 para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

#### **5.2.2.2.1. La “decepción” de Estrasburgo**

La primera reacción del TEDH tras la publicación del Dictamen 2/13 provino de su (entonces) presidente, Dean Spielmann<sup>1561</sup>. Éste fue contundente en su discurso de la apertura del año judicial en enero de 2015 y se refirió a la “decepción” que sentían los jueces de Estrasburgo<sup>1562</sup>. Esta crítica expresa a un pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo no tiene precedentes<sup>1563</sup>. Quizás aún más importante que esa “decepción” a la que se refiere Spielmann es la rotunda afirmación<sup>1564</sup> de que las víctimas de esa decisión

---

<sup>1560</sup> SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *op. cit.* p.46.

<sup>1561</sup> Ésta fue la primera declaración oficial, pero el primer encuentro “físico” tras el Dictamen 2/13 entre ambos tribunales no se produjo hasta marzo de 2016, cuando una delegación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos visitó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “A Delegation from the European Court of Human Rights Visits the Court of Justice of the European Union”, comunicado de prensa nº25/16, 7 marzo 2016, disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-03/cp160025en.pdf> (último acceso: 16 de enero de 2017)

<sup>1562</sup> Literalmente, las palabras fueron las siguientes: “Let us be clear: the disappointment that we felt on reading this negative opinion mirrored the hopes that we had placed in it – hopes shared widely throughout Europe”. SPIELMANN, D. “Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights”, discurso inaugural, Estrasburgo, 30 de enero de 2015, p.4. Conviene recordar aquí el optimismo con el que el propio Spielmann aguardaba la decisión del TJUE, tal y como se expresaba en el discurso inaugural del año judicial justo el año anterior, en enero de 2014: “A new dialogue with the European Union institutions will evolve once the accession has taken place. One of the next steps in the process is the opinion to be given by the Court of Justice on the subject of the accession. I look forward with optimism to reading that opinion”, SPIELMANN, D. “Speech given on the occasion of the opening of the judicial year”, Estrasburgo, 31 enero de 2015, p.7.

<sup>1563</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On *Opinion 2/13* on EU Accession to the ECHR” *op. cit.* p.521. Como señalan Groussot, Hettne y Petursson: “This is not light words in the mouth of the president of one of the most powerful courts in Europe”, GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union” *op. cit.*

<sup>1564</sup> Literalmente: “For, let us not forget, if there were to be no external scrutiny, *the victims would first and foremost be the citizens of the Union.*” (Énfasis añadido). SPIELMANN, D. “Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights” *op. cit.* p.5.

serán los ciudadanos de la Unión Europea<sup>1565</sup>. Asimismo, cobra indudable trascendencia su declaración de intenciones al expresar que el TEDH seguirá examinando si los actos de los Estados “cualquiera que sea su origen” - refiriéndose implícitamente a los actos de la Unión Europea que son posteriormente aplicados por los Estados - respetan el Convenio. Según Spielmann, lo importante es asegurar que no haya un vacío legal en la protección de los derechos humanos, ya sea la violación imputable a un Estado o a una institución supranacional<sup>1566</sup>.

La reacción de Estrasburgo es comprensible si tenemos en cuenta la falta de consideración hacia el sistema del Convenio por parte del TJUE en el Dictamen 2/13. En primer lugar, por las (inasumibles) exigencias que Luxemburgo impone para la adhesión— analizadas en los Capítulos III y IV del presente trabajo -. En este sentido, es muy difícil que se instaure un diálogo entre ambas jurisdicciones sobre el respecto del Convenio por parte de la Unión si se le impide al TEDH entrar a considerar cualquier mínima cuestión de Derecho de la UE<sup>1567</sup>. En segundo lugar, resulta cuando menos sorprendente que, a lo largo de 258 apartados que componen la decisión, obvie completamente cualquier referencia a la mejora para la defensa de los derechos humanos que supondría la adhesión de la Unión al Convenio<sup>1568</sup>. Luxemburgo no muestra siquiera una mínima sensibilidad hacia las competencias y prerrogativas del sistema de CEDH o hacia la jurisprudencia de

---

<sup>1565</sup> Estamos de acuerdo con la afirmación de Spielmann. Como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, la falta de adhesión de la Unión al Convenio perjudica a los ciudadanos europeos que sufren las consecuencias de una falta de control judicial de los actos de la UE. En este sentido, interesa destacar las importantísimas palabras de Miguel Azpitarte: “La paradoja se ahonda en la mirada del ciudadano (...) La falta de adhesión al Convenio causa un cortocircuito lógico en esta perspectiva, dado que el individuo, de mediar la intervención de la Unión, *verá cómo esa garantía última se esfuma*, cuando además, el propio derecho de la Unión da al individuo solo una protección indirecta a través del juez estatal. Así, apoyado en el mismo derecho y ante la misma jurisdicción estatal, el particular se encontrará que en determinadas ocasiones la protección se reduce, careciendo del posible control del TEDH, *simple y llanamente porque está en juego el derecho de la Unión*, cuyo ordenamiento dice tener como frontispicio unos derechos fundamentales, que, sin embargo, garantiza con mecanismos que no sitúan al ciudadano en el centro” (Énfasis añadido) (ver si esto lo pongo aquí o en conclusiones) AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales...” *op. cit.* p.50. En la misma línea, Cortés Martín afirma: “las víctimas directas de esta decisión serán los ciudadanos” CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo...” *op. cit.* p.1.

<sup>1566</sup> “For my part, the important thing is to ensure that there is no legal vacuum in human rights protection on the Convention’s territory, whether the violation can be imputed to a State or to a supranational institution. Our Court will thus continue to assess whether State acts, *whatever their origin*, are compliant with the Convention, while the States are and will remain responsible for fulfilling their Convention obligations.” (Énfasis añadido) SPIELMANN, D. “Solemn hearing for the opening of the judicial year of the European Court of Human Rights” *op. cit.* p.5.

<sup>1567</sup> EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR...” *op. cit.* p.8.

<sup>1568</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo...” *op. cit.* p.863; HERVIEU, N. “Cour européenne des droits de l’homme: De l’art de la résilience juridictionnelle” *op. cit.* p.9.

Estrasburgo<sup>1569</sup>. Como señala Nicolas Hervieu, la relación entre el TEDH y el TJUE nunca ha estado a salvo de conflictos pero, hasta el diciembre de 2014, cada tensión se había superado bajo los auspicios de una “entente cordial”. En cambio, después del Dictamen 2/13, se evidencia una profunda “crisis conyugal”, impulsada por una lucha “sorda” de poder<sup>1570</sup>.

#### **5.2.2.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el Dictamen 2/13: la sentencia *Avotins***

¿Ha marcado realmente el Dictamen 2/13 un punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH respecto a la Unión Europea como en su día lo hizo el Dictamen 2/94<sup>1571</sup>? Si miramos, por ejemplo, a las referencias que el TEDH realiza de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, éstas no sólo han proseguido sino que se han incrementado desde diciembre de 2014<sup>1572</sup>. Observamos que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa – y por tanto, desde que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión es jurídicamente vinculante – el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo han seguido trayectorias opuestas. A partir de ese hito temporal, el primero inició un procedimiento de “autonomización”<sup>1573</sup>. En cambio, el TEDH, comenzó a otorgar cada vez más importancia a la Carta y a la jurisprudencia de Luxemburgo y esta tendencia ha continuado incluso después del Dictamen 2/13<sup>1574</sup>. Podemos encontrar varias razones que

---

<sup>1569</sup> HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On *Opinion 2/13* on EU Accession to the ECHR” *op. cit.* p.520.

<sup>1570</sup> HERVIEU, N. “Cour européenne des droits de l’homme: De l’art de la résilience juridictionnelle” *op. cit.* p.7. Groussot, Hetne y Petursson afirman contundentemente que la confianza entre ambos tribunales está rota tras el Dictamen 2/13, GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union” *op. cit.* p.25.

<sup>1571</sup> Como señala Spaventa: “It might then not be by coincidence that following Opinion 2/94, the ECtHR started to assert – gradually – increasing jurisdiction over EU derived acts”, SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *op. cit.* p.41, nota de pie de página 28.

<sup>1572</sup> GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., “From Opinion 2/13 to *Avotiņš*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court” *op. cit.* p.8. Si lanzamos una búsqueda en HUDOC (el buscador de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) con el término “Charter of Fundamental Rights of the European Union” nos aparecen nada menos que cincuenta y cinco sentencias desde diciembre de 2014 en las que el TEDH se ha referido a la Carta (fecha de la búsqueda: 20 de enero de 2017). Para un exhaustivo análisis de la influencia del Derecho de la Unión Europea sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, véase LOCK, T. ‘The influence of EU law on Strasbourg Doctrines’ *op. cit.*

<sup>1573</sup> Analizado en el epígrafe 2.2.1.3 del presente trabajo.

<sup>1574</sup> Es especialmente llamativo que el TEDH siga haciendo referencia a la jurisprudencia del TJUE incluso en ámbitos tan delicados como el del asilo (donde, precisamente, hay mayores divergencias entre los enfoques de ambos tribunales, como veíamos en el Capítulo III. Véase la sentencia del Tribunal Europeo

expliquen este proceso. En primer lugar, el Convenio es un “instrumento vivo”, que debe ir interpretándose conforme va avanzando la sociedad, como ha manifestado reiteradamente el TEDH<sup>1575</sup>. Así, este Tribunal da un tratamiento a la Carta como una “versión actualizada del Convenio”<sup>1576</sup>. En segundo lugar, desde que la Carta es jurídicamente vinculante, se ha visto confrontado a un mayor número de casos de derechos humanos<sup>1577</sup>. Hay ámbitos donde el TJUE está en la vanguardia de la protección de los derechos fundamentales en Europa, como el derecho a la privacidad, sobre todo, tras sentencias tan emblemáticas como *Google Spain*<sup>1578</sup>, *Digital Rights Ireland*<sup>1579</sup> o *Schrems*<sup>1580</sup>. Es inevitable que tales pronunciamientos sirvan posteriormente de referencia para el TEDH cuando se ha visto enfrentado a casos similares<sup>1581</sup>. En este sentido, cobra especial interés que el juez Pinto de Albuquerque afirmara en su voto particular en la sentencia *Szabó contra Hungría* (un asunto relativo a la vigilancia masiva): “*the Luxembourg Court played a major role in redefining the limits of covert data gathering for national security purposes in the EU and outside it*”<sup>1582</sup>.

Un punto especialmente delicado en las relaciones entre el Tribunal de Estrasburgo y la Unión es la famosa presunción *Bosphorus*<sup>1583</sup>. Es abundante la literatura dedicada al estudio sobre cuál sería el futuro de ésta tras la adhesión<sup>1584</sup>, pero lo que no era tan predecible era qué sucedería con dicha presunción si aquélla no se producía debido a una respuesta negativa del Tribunal de Luxemburgo. Varios autores se han planteado si el

---

de Derechos Humanos (Gran Sala) de 23 de agosto de 2016, J.K. y otros c. Suecia, nº 59166/12, apartado 49 y ss.

<sup>1575</sup> Véase como ejemplos la decisión del TEDH de 25 de abril de 1978, *Tyrer*, nº de solicitud 5856/72, párrafo 31, la sentencia de la Gran Sala de 15 de marzo de 2002, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, nº de solicitud 39692/09, 40713/09 y 41008/09, párrafo 53, la sentencia de 19 de febrero de 2013 en el caso *X. and Others v Austria* nº de solicitud 19010/07, párrafo 139

<sup>1576</sup> LOCK, T. ‘The influence of EU law on Strasbourg Doctrines’ *op. cit.* p. 806.

<sup>1577</sup> GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., “From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court” *op. cit.* p.8; LOCK, T. ‘The influence of EU law on Strasbourg Doctrines’ *op. cit.* p. 806.

<sup>1578</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, *Google Spain*, C-131/12, EU:C:2014:317.

<sup>1579</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238.

<sup>1580</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650.

<sup>1581</sup> Véanse las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2015, *Roman Zakharov c. Rusia*, nº solicitud 47143/06, apartado 147 o la de 12 de enero de 2016, *Szabó y Vissy c. Hungría*, nº de solicitud 37138/14, apartado 23.

<sup>1582</sup> Véase el apartado 15 del voto particular del juez Pinto de Albuquerque, anexo a la sentencia *Szabó y Vissy c. Hungría*.

<sup>1583</sup> Véase sobre este emblemático asunto y el significado de la presunción de protección equivalente el epígrafe 2.1.1.3. de esta tesis.

<sup>1584</sup> Véase el análisis de esta cuestión en el epígrafe 2.3.2.3. del presente trabajo.

TEDH cambiaría su “balsámica”<sup>1585</sup> posición respecto a la acción de la UE tras el Dictamen 2/13<sup>1586</sup>. La respuesta a este interrogante ha tenido lugar en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Avotins*<sup>1587</sup>. En contraposición a aquellos que vaticinaban un endurecimiento de la postura de Estrasburgo respecto a la actividad de la Unión Europea, la Gran Sala del TEDH ha mantenido la presunción de protección equivalente en el primer fallo en el que ha tenido ocasión de pronunciarse tras el Dictamen 2/13<sup>1588</sup>. El Tribunal realizó un extenso análisis sobre si debía aplicarse la presunción a este caso (apartados 101 a 127)<sup>1589</sup> para finalmente concluir afirmativamente. Conviene apuntar que no fue determinante para el Tribunal de Estrasburgo que el Tribunal supremo letón no elevara ninguna cuestión prejudicial, como sí lo fue en cambio en el caso

---

<sup>1585</sup> Ilustrativa expresión empleada por GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.43.

<sup>1586</sup> Véase, entre otros, CHERUBINI, F. “The relationship between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights...” *op. cit.* p.1386; GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., From Opinion 2/13 to *Avotins*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court *op. cit.* p.9; HERVIEU, N. “Cour européenne des droits de l’homme: De l’art de la résilience juridictionnelle” *op. cit.* p.9. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?” *op. cit.* p.861.

<sup>1587</sup> Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 23 de mayo de 2016 *Avotins vs. Letonia*, nº 17502/07, ECHR:2016:0523JUD001750207. Los hechos del caso son los siguientes: Pēteris Avotins ciudadano de Letonia, contrató un préstamo con una compañía chipriota. Ante el impago del prestatario, la empresa acreedora planteó en 2003 un litigio ante la jurisdicción chipriota. Se le envió una citación a Letonia para comparecer, pero Avotins alegó que no la recibió. Los tribunales chipriotas dictaron sentencia condenando a Avotins a pagar. La empresa acreedora planteó ante los tribunales de Letonia el reconocimiento y ejecución de esta Sentencia, sobre la base del Reglamento Bruselas I. Tras varias discrepancias y apelaciones, el Tribunal Supremo letón aceptó finalmente su ejecución. Entonces el Sr. Avotins planteó un recurso ante el TEDH contra Letonia y Chipre (este último fue rechazado por extemporáneo). En su demanda alegó que el Tribunal Supremo de Letonia había infringido el derecho a un proceso equitativo al reconocer y ejecutar la sentencia chipriota. Véase sobre esta sentencia: BERGÉ, J. S. “Avotins ou le calme qui couve la tempête” 26 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.gdr-elsj.eu/2016/05/26/cooperation-judiciaire-civile/avotins-ou-le-calme-qui-couve-la-tempete/> (último acceso: 17 de enero de 2017); BIAGIONI, G. “Avotins v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights” *European Papers*, Vol. 1, No 2, 30 de Agosto de 2016, pp. 579-596; CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.*; GONZÁLEZ PASCUAL, M. “¿Puede aplicarse la doctrina *Bosphorus* a los mecanismos de cooperación judicial del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia?” *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 61, Enero-Marzo 2017; JOHANSEN, S. “The Bosphorus Presumption Is still Alive and Kicking: the Case of *Avotins v. Latvia*”, 24 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/stian-oby-johansen/2016-05-24-avotins-v-latvia.html> (último acceso: 17 de enero de 2017)

<sup>1588</sup> Conviene señalar que en este procedimiento intervinieron como terceros (además del Gobierno de Estonia) la Comisión Europea y el “AIRE Centre” (una organización civil dedicada a la defensa de los derechos humanos). La Comisión solicitó que se aplicara la presunción de protección equivalente a este caso (véase el apartado 89 de la sentencia *Avotins*), mientras que el AIRE Centre pidió que el TEDH revisara tal presunción, especialmente a la luz del posicionamiento del Tribunal de Justicia de la Unión en la sentencia *Melloni* y en el Dictamen 2/13 (véase el apartado 95 de la sentencia *Avotins*).

<sup>1589</sup> Se remite a las condiciones establecidas en *Bosphorus* y desarrolladas en la sentencia *Michaud*.

*Michaud*<sup>1590</sup>. A continuación, el Tribunal procede a examinar si la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue “manifiestamente deficiente”<sup>1591</sup>, en cuyo caso la presunción de protección equivalente sería revocada, como vimos en el Capítulo II. Estrasburgo considera que no es así y que por tanto, no ha habido una violación del artículo 6 del Convenio por parte de Letonia<sup>1592</sup>.

<b>Condiciones para la aplicación de la presunción <i>Bosphorus</i> en <i>Avotins</i>:</b>	
1.	Ausencia de margen de maniobra por parte de las autoridades nacionales <sup>1593</sup>
2.	Despliegue de las potencialidades del mecanismo internacional pertinente de control del respeto de los derechos fundamentales (en este caso, del Derecho de la Unión Europea). No es determinante el planteamiento de una cuestión prejudicial <sup>1594</sup>

Tabla nº 5: Condiciones para la aplicación de la presunción de protección equivalente en la sentencia *Avotins*.

*Avotins* no sólo es importantísima por la aplicación de la presunción *Bosphorus*, sino también porque el TEDH afirma la plena convencionalidad del principio de

<sup>1590</sup> Como explicábamos en el epígrafe 2.1.1.4. El TEDH razona en el apartado 109 de la sentencia *Avotins* por qué considera que debe aplicarse la presunción a este caso, a pesar de que el tribunal letón no elevara una cuestión prejudicial: “Turning to the specific circumstances of the present case, it notes that the Senate of the Supreme Court did not request a preliminary ruling from the CJEU regarding the interpretation and application of Article 34(2) of the Regulation. However, it considers that this second condition should be applied without excessive formalism and taking into account the specific features of the supervisory mechanism in question. It considers that it would serve no useful purpose to make the implementation of the Bosphorus presumption subject to a requirement for the domestic court to request a ruling from the CJEU in all cases without exception, including those cases where no genuine and serious issue arises with regard to the protection of fundamental rights by EU law, or those in which the CJEU has already stated precisely how the applicable provisions of EU law should be interpreted in a manner compatible with fundamental rights.” Y en el apartado 111 explica por qué este caso es diferente a *Michaud*: “The present case is thus clearly distinguishable from *Michaud*, cited above, in which the national supreme court refused the applicant’s request to seek a preliminary ruling from the CJEU even though the issue of the Convention compatibility of the impugned provision of European Union law had never previously been examined by the CJEU (ibid., § 114). Hence, *the fact that the matter was not referred for a preliminary ruling is not a decisive factor in the present case*. The second condition for application of the *Bosphorus* presumption should therefore be considered to be satisfied.” (Énfasis añadido)

<sup>1591</sup> Apartados 113 a 125 de la sentencia *Avotins*.

<sup>1592</sup> Apartados 126 y 127 de la sentencia *Avotins*.

<sup>1593</sup> Apartados 105 a 108 de la sentencia *Avotins*.

<sup>1594</sup> Apartados 109 a 112 de la sentencia *Avotins*.

reconocimiento mutuo en el marco del Reglamento Bruselas I<sup>1595</sup>. En unas palabras cargadas de deferencia hacia los mecanismos de confianza mutua de la Unión Europea, el Tribunal de Estrasburgo afirma: “*The Court is mindful of the importance of the mutual recognition mechanisms for the construction of the area of freedom, security and justice referred to in Article 67 of the TFEU, and of the mutual trust which they require (...) Hence, it considers the creation of an area of freedom, security and justice in Europe, and the adoption of the means necessary to achieve it, to be wholly legitimate in principle from the standpoint of the Convention*”<sup>1596</sup>. Así, el TEDH ha contribuido a rebajar la tensión entre el principio de confianza mutua y el escrutinio sobre la protección de los derechos humanos<sup>1597</sup> - cuestión analizada en el capítulo III del presente trabajo y uno de los temas protagonistas del Dictamen 2/13 -.

Sin embargo, hay que tener muy en cuenta que el TEDH también señala en *Avotins* los riesgos de la aplicación mecánica de estos mecanismos de confianza mutua, ya que pueden dar lugar a una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos fundamentales<sup>1598</sup>. Además, el Tribunal de Estrasburgo critica directa y expresamente el Dictamen 2/13, concretamente el apartado 192, en el que el TJUE enfatiza la prohibición a los Estados miembros de realizar escrutinio alguno sobre el respeto de los derechos fundamentales por parte de otros Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión, salvo en casos excepcionales<sup>1599</sup>. El TEDH señala a este respecto que limitar a situaciones excepcionales el poder de los tribunales nacionales de examinar el respeto de los derechos humanos del Estado de origen de una decisión iría en contra de lo requerido por el Convenio<sup>1600</sup>. Por ello, insta directamente a los tribunales de los Estados que son a

---

<sup>1595</sup> Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

<sup>1596</sup> Apartado 113 de la sentencia *Avotins*.

<sup>1597</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.840.

<sup>1598</sup> Véanse los importantísimos apartados 114 a 116 de la sentencia *Avotins*.

<sup>1599</sup> Apartado 192 del Dictamen 2/13: “Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión.”

<sup>1600</sup> Apartado 114 de la sentencia *Avotins*: “(...) Limiting to exceptional cases the power of the State in which recognition is sought to review the observance of fundamental rights by the State of origin of the judgment could, in practice, run counter to the requirement imposed by the Convention according to which the court in the State addressed must at least be empowered to conduct a review commensurate with the gravity of any serious allegation of a violation of fundamental rights in the State of origin, in order to ensure that the protection of those rights is not manifestly deficient.” (Énfasis añadido)

la vez miembros de la Unión Europea y partes del CEDH a que no se inhiban – por el mero hecho de que estén aplicando Derecho de la Unión - de examinar aquellas demandas que denuncien las deficiencias manifiestas en la protección de un derecho recogido en el Convenio, si esa situación no puede ser remediada por el Derecho de la Unión<sup>1601</sup>.

Recogemos la siguiente reflexión del profesor Cortés Martín en referencia a la sentencia *Avotins*: “Por paradójico que parezca, en un asunto como *Avotins vs. Letonia* la adhesión de la Unión al CEDH habría reportado más ventajas para salvaguardar la autonomía del derecho de la Unión —como el TJUE preservó a toda costa en su Dictamen núm. 2/13— que el *statu quo*, es decir, el examen de convencionalidad del derecho de la Unión por la intermediación de los Estados parte miembros de la Unión”<sup>1602</sup>. En efecto, *Avotins* demuestra, una vez más, que en la situación pre-adhesión, la Alta Jurisdicción de Estrasburgo se ve confrontada al análisis del Derecho de la Unión<sup>1603</sup> – tanto para examinar si la acción u omisión imputada al Estado parte viene impuesta por aquella organización internacional o para determinar, por ejemplo, si los tribunales nacionales están obligados o no a plantear una cuestión prejudicial -. Sería mucho más beneficioso para la autonomía de la propia Unión Europea tener a su alcance mecanismos como el codemandado o la intervención previa que le permitirían explicar el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión ante el TEDH, de tal forma que éste no tuviese que interpretarlo libremente<sup>1604</sup>.

*Avotins* también refleja que el Tribunal de Estrasburgo quería manifestar su desacuerdo con el Dictamen 2/13, pero no pretendía entrar en una guerra abierta con el TJUE<sup>1605</sup>. No

---

<sup>1601</sup> Véase el apartado 116 de la sentencia *Avotins*: “In this spirit, where the courts of a State which is both a Contracting Party to the Convention and a Member State of the European Union are called upon to apply a mutual recognition mechanism established by EU law, they must give full effect to that mechanism where the protection of Convention rights cannot be considered manifestly deficient. However, *if a serious and substantiated complaint is raised before them to the effect that the protection of a Convention right has been manifestly deficient and that this situation cannot be remedied by European Union law, they cannot refrain from examining that complaint on the sole ground that they are applying EU law.*” (Énfasis añadido)

<sup>1602</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.*, p.828

<sup>1603</sup> Otro caso reciente en el que el Tribunal de Estrasburgo ha debido analizar el Derecho de la Unión Europea es la sentencia de la Sección tercera del TEDH de 1 de junio de 2016 en el asunto *Arlewin c. Suecia*, nº de solicitud 22302/10. Véanse concretamente los apartados 35 y ss.

<sup>1604</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.842.

<sup>1605</sup> GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., “From Opinion 2/13 to *Avotins*: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court” *op. cit.* p.15. Ya lo predijo la profesora Catherine Barnard en su comentario al Dictamen: “And the Court of Human Rights is a sensitive institution.



compensa a ninguna de las dos jurisdicciones romper la relación “cordial” que hasta ahora han mantenido, máxime si tenemos en cuenta que ambos son importantes aliados para construir la integración “europea”, por encima de las resistencias nacionales<sup>1606</sup>. Esto no quiere decir que el Derecho de la Unión deba ser inmune al escrutinio por parte de Estrasburgo. Como se ha reiterado a lo largo de este trabajo, mientras no se produzca la adhesión, este control seguirá siendo indirecto. Hay ámbitos del Derecho de la Unión donde es probable que el escrutinio por parte del Tribunal de Estrasburgo se intensifique – siempre por vía indirecta, a través de la trasposición o la aplicación que los Estados miembros realicen de tal legislación – como determinados aspectos procedimentales de las sanciones administrativas (particularmente en el Derecho de la competencia), la inmigración, el asilo o la orden de detención europea<sup>1607</sup>.

En suma, aunque el futuro de la relación entre ambos tribunales es una incógnita, lo que demuestra la jurisprudencia más reciente desde diciembre de 2014 es que, incluso después de la “decepción” de los jueces de Estrasburgo tras el Dictamen 2/13, ambos tribunales han logrado evitar el conflicto directo. En este sentido, conviene hacer referencia a las palabras del actual presidente del TEDH, Guido Raimondi (sucesor en el cargo de Dean Spielmann): *“Now, after opinion 2/13 of the Luxembourg Court, (the accession) has become a more distant prospect. What can be done about this? (...) For my part, I remain convinced that the two European courts should continue to act in the spirit of the 2011*

---

While its first reaction might be disappointment (see the President’s remarks on the opening of the judicial year), *judicial comity will lead the judiciary in both Courts to engage – probably privately – with each other*” BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining” *op. cit.* p.5.

<sup>1606</sup> Como analizábamos en el epígrafe 2.3.1.2 del presente trabajo, ambos tribunales han cooperado entre ellos erigiéndose como defensores de la integración europea frente a las resistencias nacionales. Estas sinergias se han puesto de manifiesto en varias sentencias del TEDH condenando a varios Estados parte por vulneración del derecho a un proceso equitativo porque sus órganos jurisdiccionales no habían motivado debidamente la negativa a plantear cuestiones prejudiciales (Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2014 nº de solicitud 17120/09 asunto *Dhahbi c. Italia* o la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2015 nº de solicitud 38369/09 asunto *Schipani c. Italia*). A este respecto, interesa señalar las palabras de Nanopoulos: “By distancing itself from its European counterpart at Strasbourg, the Court of Justice is not necessarily safeguarding the distinctiveness of the EU’s identity but *risks losing an important ally in the EU’s attempt at building a genuine European polity*” (Énfasis añadido), NANOPOULOS, E. “Killing two birds with one stone? The Court’s of Justice Opinion on the EU’s accession to the ECHR” *op. cit.* p.187.

<sup>1607</sup> KOKOTT, J. and SOBOTTA, C. “Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards of Protection” *op. cit.* p.69; Martín y Pérez de Nanclares sostiene que esos ámbitos pueden ser el “caldo de cultivo” para la reacción del Tribunal de Estrasburgo, dado que empiezan a plantear dudas “nada desdeñables” sobre la protección de los derechos fundamentales. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?” *op. cit.* p.863.

*declaration made by their two Presidents at that time, Presidents Costa and Skouris, and thus persevere in developing harmonious case law, avoiding any conflict, and listening to each other”*<sup>1608</sup>.

---

<sup>1608</sup> RAIMONDI, G. Guest Editorial, European Criminal Law and Human Rights, The European Criminal Law Associations Forum, 2015/3, p.78. Asimismo, conviene señalar que en el discurso inaugural del año judicial en enero de 2016, Raimondi dedicó buena parte del mismo al diálogo judicial, y así como habló de los encuentros con los tribunales superiores de los Estados miembros, o incluso de las visitas al Tribunal Supremo de Canadá o al Tribunal Supremo de Sudáfrica, obvió cualquier referencia a la adhesión, a la Unión Europea o al Tribunal de Luxemburgo. Véase su discurso en el Informe anual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2016, disponible en [bit.ly/2jidKUz](http://bit.ly/2jidKUz) (último acceso: 27 de enero de 2017).

### 5.2.2.3. Implicaciones del Dictamen 2/13 para los tribunales nacionales

#### 5.2.2.3.1 El temor a la “rebelión” de los tribunales superiores de los Estados miembros

Buena parte de la literatura sobre la adhesión se ha centrado única y exclusivamente en la relación entre la Carta y el Convenio, así como la interacción entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo, obviando la perspectiva nacional<sup>1609</sup>. Y es perfectamente comprensible, dado que la adhesión en sí misma tan sólo afecta *a priori* a la Unión Europea y al sistema del Convenio<sup>1610</sup>. Sin embargo, la adhesión - y su opuesto fáctico, la no adhesión - también tiene un impacto en los Estados miembros<sup>1611</sup>, y sobre todo, en sus órganos jurisdiccionales, que no dejan de ser garantes de esos mismos derechos fundamentales del espacio jurídico europeo<sup>1612</sup>. Así, de igual forma que una parte importante de la doctrina ha mostrado su temor por que el Dictamen desencadene un cambio de posición del Tribunal de Estrasburgo respecto a la Unión Europea - particularmente a través de la presunción *Bosphorus* - esa misma sospecha se cierne sobre el otro vértice del triángulo judicial europeo: las jurisdicciones supremas/constitucionales de los Estados miembros<sup>1613</sup>.

---

<sup>1609</sup> CLAES, M. “Accession or no accession? A national perspective” *op. cit.* p.75.

<sup>1610</sup> No obstante, es importante recordar, como señalábamos en el Capítulo I, que una vez que el Convenio formara parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, los Estados miembros estarían obligados a respetarlo no sólo en virtud del Derecho internacional público por ser partes contratantes del mismo, sino también frente a la Unión, en el ámbito de aplicación de este ordenamiento, de conformidad con el artículo 216.2 TFUE.

<sup>1611</sup> Según Odermatt, esta circunstancia también ha sido ignorada por los redactores del borrador de acuerdo de adhesión: “The role and status of the EU Member States as parties to the ECHR, which would be transformed into a mixed agreement upon EU accession, would also be affected by the EU’s accession to the ECHR (...). The effect of EU accession on the role and status of the EU Member States as parties to the ECHR is something that was arguably overlooked by the drafters and perhaps another reason why the Court’s Opinion came as a surprise” ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law” *op. cit.* p.17.

<sup>1612</sup> No olvidemos el importante papel que los tribunales nacionales están llamados a desempeñar no sólo en la defensa de los derechos fundamentales (que antes de la creación de tribunales supranacionales ejercían en exclusiva), sino también como guardianes del ordenamiento jurídico de la Unión Europea junto con el TJUE. Así lo establecía el propio Tribunal de Luxemburgo en el Dictamen 1/09: “Como resulta del artículo 19 TUE, apartado 1, el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros garantizan el respeto de ese ordenamiento jurídico y del sistema jurisdiccional de la Unión”, Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 8 de marzo de 2011, apartado 66.

<sup>1613</sup> Véanse, por ejemplo, las palabras de González Vega: “¿No se sentirán tentados los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros a blindar sobre bases semejantes su incuestionable competencia en cuanto a la tutela de aquéllos, tan malparada tras la Sentencia *Melloni* por lo que atiende particularmente a nuestra jurisdicción constitucional?”, GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo” *op. cit.* p.43; O de Martín y Pérez de Nanclares: “No sería

Existen dos razones por las que los tribunales nacionales podrían reaccionar negativamente ante el Dictamen 2/13. En primer lugar, los Estados miembros resultan perjudicados por esta decisión, ya que pueden seguir siendo responsables ante el Tribunal de Estrasburgo al aplicar el Derecho de la Unión Europea, mientras que ésta sigue siendo impune ante aquella jurisdicción<sup>1614</sup>. En segundo lugar, podría resquebrajarse el equilibrio alcanzado entre el TJUE y tribunales constitucionales tan beligerantes como el alemán a través de la archiconocida jurisprudencia *Solange*<sup>1615</sup>. En efecto, la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión por parte de las jurisdicciones nacionales se sustenta en gran medida en que el Tribunal de Luxemburgo garantice una protección de los derechos fundamentales en un grado “equiparable” al de las Constituciones nacionales<sup>1616</sup>. Los tribunales de los Estados miembros pueden considerar que el Dictamen 2/13 supone un retroceso en la defensa de los derechos y esa aceptación de la primacía podría resquebrajarse<sup>1617</sup>. El Dictamen les proporciona la “coartada” perfecta para poder rebelarse ante la primacía del Derecho de la Unión, amparándose en que ésta no protege los derechos fundamentales de una forma equiparable al Estado miembro de que se trate. De igual manera que el TJUE defiende (inflexiblemente) sus poderes

---

sorprendente que los tribunales constitucionales nacionales endurecieran en ámbitos concretos su posición de aceptación del principio de primacía del Derecho de la Unión (*d2*), con el efecto negativo evidente que ello tendría para el diálogo judicial europeo (*d3*)”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?” *op. cit.* p.862; O de Nergelius: “The reluctance to accept the final word of the ECtHR in future human rights issues that follows from this line of reasoning will hardly make national supreme or constitutional courts more willing to accept the precedence of the ECJ in future conflicts between EU law and national constitutional law” NERGELIUS, J. “The accession of the EU to the European Convention on Human Rights. A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice” *op. cit.* p.48.

<sup>1614</sup> HALBERSTAM, D. “A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward)” *op. cit.* p.3.

<sup>1615</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional alemán de 29 de mayo de 1974, 37, 271 (285) (“*Solange I*”) y del 22 de octubre de 1986 (73, 339 2 BvR 197/83) (“*Solange II*”), analizadas en el epígrafe 1.1.2 del presente trabajo.

<sup>1616</sup> Conviene señalar estas palabras de Scheeck: “The EU’s painfully constructed legal order and the supremacy of EU law heavily depend on the ECJ’s ability to protect human rights” SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle. The interaction between supranational courts as a parameter of European governance” *op. cit.* p.15; En este mismo sentido también se pronuncia CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne Retour vers le futur de l’avis 2/13 de la Cour de justice, de l’adhésion de l’UE à la CEDH et de l’Union européenne elle-même” *op. cit.* p.460.

<sup>1617</sup> Como explicábamos en la nota a pie de página 920 de este trabajo, esta aceptación de la primacía no es completa por parte de las jurisdicciones nacionales. Actualmente existe un consenso por parte de éstas sobre que el Derecho de la Unión prevalece sobre las disposiciones nacionales, pero no todos los tribunales constitucionales consideran que tiene primacía sobre normas fundamentales como la Constitución. DE WITTE, B. “Article 53”, in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, CH Beck-Hart-Nomos, Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 1523-1537, p.1527-1530.

judiciales frente al control del TEDH<sup>1618</sup>, las jurisdicciones nacionales podrían emular esa actitud ante al Tribunal de Luxemburgo<sup>1619</sup>.

En este contexto de pérdida de confianza de los tribunales nacionales en el TJUE – también a la inversa, como pone de manifiesto el Dictamen 2/13<sup>1620</sup> –, puede que los jueces de los Estados miembros comiencen a “desobedecer” la legislación comunitaria, provocando el efecto contrario al pretendido por Luxemburgo. Esa transgresión de los órganos jurisdiccionales nacionales puede tomar diversas formas. Por un lado, si el Protocolo nº 16<sup>1621</sup> entra en vigor, los tribunales de los Estados miembros que lo hayan ratificado puede que se sientan inclinados a dirigirse al TEDH en vez de al TJUE<sup>1622</sup>. Por otro lado, en relación a ciertos ámbitos del ELSJ donde el principio de confianza mutua es crucial y la intensidad del escrutinio sobre el respeto de los derechos fundamentales se reduce, los tribunales nacionales podrían comenzar a efectuar ciertos controles, desoyendo lo establecido por el Tribunal de Luxemburgo en el Dictamen 2/13<sup>1623</sup>.

En este sentido, es necesario hacer varias puntualizaciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que ha transcurrido poco tiempo desde la publicación del Dictamen 2/13 para poder explorar una perspectiva generalizada de las reacciones nacionales ante aquél, pero sí es cierto que ya se comienza a percibir una cierta resistencia por parte de algunos tribunales, como veremos a continuación. En segundo lugar, debemos tener en cuenta que el Dictamen no es un pronunciamiento aislado, sino que se inserta en el contexto de una tendencia jurisprudencial del TJUE. Como sostiene Miguel Azpitarte, en los últimos años, el Tribunal de Luxemburgo ha dictado una serie de decisiones (*Melloni*, *Akerberg Fransson*, *N.S.*) que han movido las líneas de flotación de la protección de los derechos fundamentales en Europa<sup>1624</sup>. Por tanto, no creemos que el Dictamen por sí solo

---

<sup>1618</sup> Como señala María José Cervell: “La UE teme la entrada de “extraños” que analicen el respeto de los derechos humanos en ámbitos del Derecho Europeo, al tiempo que intenta también salir airosa de este duelo cuando es ella la que desafía a los Estados Miembros y sus Constituciones, reticentes también a incursiones externas” CERVELL HORTAL, M.J. “El rechazo del TJUE al acuerdo de adhesión al CEDH: amarás a la unión sobre todas las cosas y a su Tribunal de Justicia como a ti mismo” *op. cit.* p.9.

<sup>1619</sup> Editorial Comments, “The EU’s Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ!” *op. cit.* p.15.

<sup>1620</sup> En efecto, el Dictamen 2/13 destila una profunda falta de confianza del TJUE no sólo en el TEDH, sino también en los tribunales nacionales, como se demuestra, particularmente, en las objeciones relativas a la falta de coordinación entre el artículo 53 de la Carta y el artículo 53 del Convenio, al Protocolo nº 16 y a la confianza mutua. Como señala Monica Claes: “Opinion 2/13 breathes distrust of the member states and of national courts”, CLAES, M. “Accession or no accession? A national perspective” *op. cit.* p.85.

<sup>1621</sup> Analizado en el Capítulo III de este trabajo.

<sup>1622</sup> Editorial Comments, “The EU’s Accession to the ECHR – a “NO” from the ECJ!” *op. cit.* p.15.

<sup>1623</sup> Véanse los apartados 191 a 195 del Dictamen 2/13.

<sup>1624</sup> AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55 pp. 941-975, p.971.

desencadene las reacciones de los tribunales nacionales, sino que habría que ampliar el ángulo de visión y también tener en cuenta el contexto jurisprudencial en el que éste se inserta<sup>1625</sup>. Lo que sí es cierto es que el Dictamen no hace sino acentuar y profundizar esa tendencia “autonomizadora” del TJUE que amplía inusitadamente su campo de actuación en detrimento tanto del TEDH como de las jurisdicciones nacionales.

#### **5.2.2.3.2. La decisión del Tribunal Constitucional alemán “*Solange III*”**

Las sentencias del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*, en adelante “BVerfG”, con sede en Karlsruhe) han cobrado un papel protagonista en el curso de la integración europea<sup>1626</sup>. Desde los años 70, el Tribunal teutón ha mantenido una actitud desafiante hacia el Tribunal de Luxemburgo, a la par que ha mostrado un activismo judicial importante en relación con la protección de los derechos humanos. Las resoluciones del Tribunal de Karlsruhe han tenido una influencia importantísima sobre el TJUE hasta el punto de que *Solange I* impulsó de forma decisiva la construcción pretoriana del Tribunal de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales, así como, de forma indirecta, la posterior redacción de la Carta de Derechos fundamentales y el mandato de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1627</sup>. Por otro lado, su actitud beligerante se ha manifestado en la reticencia a elevar cuestiones prejudiciales al

---

<sup>1625</sup> Contexto en el que las jurisdicciones nacionales ya han ido dando señales de “resistencia” al TJUE en los años anteriores a la publicación del Dictamen 2/13. Véase un interesante análisis de los casos alemán, español y sueco en NERGELIUS, J. “The accession of the EU to the European Convention on Human Rights. A critical analysis of the Opinion of the European Court of Justice” *op. cit.* p.41 y ss.

<sup>1626</sup> Desde las famosísimas sentencias *Solange I* (de 29 de mayo de 1974, 37, 271 (285)) y *Solange II* (de 22 de octubre de 1986, 73, 339 (375)) pasando por la polémica decisión del 12 de octubre de 1993, 89, 155, dictada a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht hasta la decisión de 30 de junio de 2009, BVerfGE 123, 267, en relación a la ratificación del Tratado de Lisboa. Para un análisis exhaustivo de la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán a la integración europea, véase GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, THOMSON, Madrid, 2010; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente “tira y afloja” con el Tribunal de Justicia de la UE” en RIPOLL, S. y UGARTEMENDIA, J.I. *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñate, IVAP, 2008, p. 175-197; PAYANDEH, M. “Constitutional review of EU Law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice”, *Common Market Law Review*, 48, 2011, pp. 9-38.

<sup>1627</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)” *REAF* núm. 13, abril 2011, pp. 97-145, p.98.

TJUE hasta el año 2014<sup>1628</sup>, cuando planteó la primera en el caso *Gauweiler*<sup>1629</sup>, que fue calificada de “histórica”<sup>1630</sup>.

Casi un año después de la publicación del Dictamen 2/13, el 15 de diciembre de 2015, el BVerfG volvía a dictar una decisión que no ha pasado inadvertida por su trascendencia para el Derecho de la Unión y el diálogo judicial europeo<sup>1631</sup>. Tanta es su relevancia que

---

<sup>1628</sup> Conviene señalar que no ha sido la única jurisdicción constitucional que ha tardado en plantear una cuestión prejudicial al TJUE. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano no lo hizo hasta 2008 (ordinanza n° 103/2008, disponible en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), último acceso: 1 de febrero de 2017). De igual forma, el Tribunal Constitucional francés no consultó al Tribunal de Luxemburgo hasta abril de 2013 (Conseil Constitutionnel français, 4 de abril de 2013 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juillet-aout-2013-premiere-question-prejudicielle-a-la-cjue.137573.html> último acceso: 1 de febrero de 2017). Como hemos visto en el asunto *Melloni*, el Tribunal Constitucional español no inició un procedimiento prejudicial hasta 2011 (Auto 86/2011 de 9 de junio de 2011 disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22561> (último acceso: 1 de febrero de 2017). En cambio, ha habido tribunales constitucionales mucho más proclives a plantear una cuestión prejudicial, como es el caso del belga, que inició el primer diálogo con el TJUE en 1997 y desde entonces, ha elevado numerosas preguntas prejudiciales (Véase una relación de cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional belga en el apartado “questions préjudicielles à la Cour de Justice” del siguiente enlace: <http://www.const-court.be/en/common/home.html> último acceso: 1 de febrero de 2017).

<sup>1629</sup> Orden del Tribunal Constitucional alemán de 14 de enero de 2014, 2728/13 [http://www.bverfg.de/e/rs20140114\\_2bvr272813en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20140114_2bvr272813en.html) (último acceso: 1 de febrero de 2017). Véase sobre esta importantísima decisión: CLAES, M. and REESTMAN, J.H. “The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the *Gauweiler* Case”, *German Law Journal*, Vol.16 n°4, 2015, pp.917-970; DE PETRIS, A. “Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? Le ordinanze del Tribunale Costituzionale Federale sulle Outright Monetary Transactions”, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*, 2014; DI MARTINO, A., “Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG”, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*, 2014; LOHSE, E.J. “The German Constitutional Court and Preliminary References-Still a Match not Made in Heaven? 16 *German Law Journal* No. 6, 2015;; THYM, D., “A Spring in the Desert: the German ECJ reference on the ECB Bond Purchases?” *Verfassungsblog*, 8 de febrero de 2014, <http://verfassungsblog.de/quelle-in-wueste/> (último acceso: 1 de febrero de 2017); URÍA GAVILÁN, E. “Choque de titanes judiciales en torno al euro: comentario de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán sobre la compra de deuda de los Estados “rescatados”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 30, junio de 2014, p.331-352; La Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión respondió a la cuestión prejudicial del BverfG en la sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400.

<sup>1630</sup> PEERS, S., “Clash of Judicial Titans: Will the Euro survive?”, 9 de febrero de 2014, *EU Law Analysis Blog* <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/02/clash-of-judicial-titans-will-euro.html> (último acceso: 1 de febrero de 2017). Una vez que el TJUE se pronunció sobre el asunto, el Tribunal Constitucional alemán dictó la sentencia de 21 de junio de 2016, 2728/13 (véase un comunicado de prensa en inglés sobre la misma en <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-034.html> (último acceso: 1 de febrero de 2017). Siguiendo la contestación del Tribunal de Luxemburgo, el BverfG dio luz verde al programa de eurobonos (conocido por sus siglas en inglés “OMT”, *Outright Monetary Transactions*). Sin embargo, interesa destacar aquí que el tono del Tribunal alemán era todo menos conciliador con el TJUE, al que muestra su descontento por su decisión en el procedimiento prejudicial. Véase SARMIENTO, D. “An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)”, *Despite our differences Blog*, disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/02/01/an-instruction-manual-to-stop-a-judicial-rebellion-before-it-is-too-late-of-course/> (último acceso: 1 de febrero de 2017).

<sup>1631</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14. La versión inglesa está disponible en: [http://www.bverfg.de/e/rs20151215\\_2bvr273514en.html](http://www.bverfg.de/e/rs20151215_2bvr273514en.html) (último acceso: 1 de febrero de 2017). Véase sobre esta decisión: ARZOZ SANTISTEBAN, X: “Karlsruhe rechaza la Doctrina Melloni del Tribunal de Justicia y advierte con el control de la identidad constitucional”, *REDE*, núm. 58, 2016, pp. 109-141; REESTMAN, J.H. and BESSELINK, L. Editorial, “Sandwiched Between

se ha llegado a denominar este fallo como “*Solange III*”, aunque dicha palabra no apareciera en la sentencia como tal<sup>1632</sup>. Como otras jurisdicciones nacionales, el Tribunal constitucional alemán se vio ante un caso en el que, una vez más, se hacía patente la dicotomía entre el principio de confianza mutua, representado en la orden de detención europea, y la protección de los derechos fundamentales<sup>1633</sup>. En esta ocasión, se trataba de un ciudadano estadounidense que había sido condenado *in absentia* por un tribunal de Florencia (Italia) a una pena de cárcel de treinta años en 1992. En 2014, fue arrestado en Alemania en virtud de una orden de detención europea. El demandante alegó que su condena en Italia se había producido en un proceso sin las garantías debidas. Aún así, el tribunal regional de Düsseldorf declaró que la orden de detención europea podía ejecutarse. El ciudadano estadounidense interpuso un recurso constitucional ante el BVerfG.

Por primera vez, el Tribunal de Karlsruhe llevó a cabo el denominado “control de identidad”<sup>1634</sup> sobre la ejecución de la orden de detención europea. Mediante este control, el BVerfG se arroga la capacidad de examinar la compatibilidad de actos nacionales determinados por el Derecho de la Unión con la Constitución alemana (la Ley Fundamental de Bonn). En última instancia, ese control puede dar como resultado la inaplicación de tales actos. En el caso que nos ocupa, el control de identidad desembocó

---

Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection”, *European Constitutional Law Review*, vol. 12, 2016, pp. 213-222; GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux”, *op. cit.*; NOWAG, J. “EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix? *Bundesverfassungsgericht: Mr R*”, *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, pp. 1441-1454; URÍA GAVILÁN, E. “*Solange III*: The German Federal Court strikes again”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 367-368.

<sup>1632</sup> HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: *Solange-III* and *Aranyosi*” *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, pp. 549–563, p.550.

<sup>1633</sup> Véase la nota a pie de página número 916 de este trabajo, donde se explica que la aplicación automática de la orden de detención europea plantea cuestiones muy complejas desde la perspectiva de la defensa de los derechos fundamentales, que se han materializado en una alta litigiosidad ante las jurisdicciones nacionales.

<sup>1634</sup> Este “control de identidad” tendría su fundamento en el artículo 79.3 de la Constitución alemana (la Ley Fundamental de Bonn), tal y como estableció el BVerfG en su sentencia de 30 de junio de 2009, 123, 267, a raíz de la ratificación del Tratado de Lisboa. Véase un magistral análisis de esta sentencia en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)” *op. cit.* El tribunal alemán también apoya su decisión sobre la denominada “cláusula de identidad constitucional” introducida por el Tratado de Lisboa en el artículo 4.2 TUE y que establece lo siguiente: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su *identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos*, también en lo referente a la autonomía local y regional” (Énfasis añadido). Véase un exhaustivo examen del significado de esta cláusula y su relación con el artículo 53 de la Carta en TORRES PÉREZ, A. “Constitutional identity and fundamental rights: the intersection between articles 4(2) TEU and 53 Charter” en SAIZ ARNAIZ, A. and ALCOBERRO, C. (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013.



en la anulación por parte del BverfG de la decisión del tribunal de Düsseldorf, que, por tanto, no pudo ser ejecutada. Sin embargo, es muy importante destacar que el BverfG concluyó que no había conflicto entre la normativa europea relativa a la orden de detención europea (así como la norma nacional que la implementa) y la Constitución alemana<sup>1635</sup>.

A través de este “control de constitucionalidad”, el Tribunal teutón ha desafiado la jurisprudencia establecida por el TJUE en *Melloni* y confirmada en el Dictamen 2/13, en virtud de la cual “el artículo 53 de la Carta debe interpretarse en el sentido de que *no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución*”<sup>1636</sup>. Si bien es cierto que el control realizado por el BverfG no concluyó en una incompatibilidad de la orden de detención europea con la Constitución germana, el mero hecho de activar ese “control de identidad” ya es una afrenta al TJUE<sup>1637</sup>. Además, hay que tener presente que, aunque los hechos en este caso son muy parecidos a los de *Melloni* – en ambos se trata de condenas en rebeldía, de ejecución de una orden de detención europea y de cuestiones prejudiciales planteadas por dos Tribunales constitucionales –, hay diferencias sustanciales entre ambos asuntos. En *Melloni* se respetaron escrupulosamente los derechos procesales establecidos en el CEDH<sup>1638</sup>, mientras que en el asunto del ciudadano estadounidense, éste ni siquiera había sido informado de la fecha del juicio oral ni había tenido representación letrada. En casos como éste último, la propia Decisión Marco sobre la orden de detención europea prevé una serie de excepciones para no ejecutar la misma si

---

<sup>1635</sup> SARMIENTO, D. “Awakenings” *Despite our differences Blog*, 27 de enero de 2016, disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/01/27/awakenings/> (último acceso: 2 de febrero de 2017).

<sup>1636</sup> Apartado 64 de la sentencia *Melloni* (énfasis añadido). Véase también el apartado 60: “el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”, posteriormente recogido en el apartado 188 del Dictamen 2/13.

<sup>1637</sup> Como señala Mathias Hong: “The Court, thus, did not set off the ‘identity review bomb’. It was only priming it for detonation” HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi” *op. cit.* p.553.

<sup>1638</sup> Por tanto, se había respetado el mínimo exigido. El *quid* de la cuestión en *Melloni* era que el ordenamiento jurídico español otorgaba un estándar de protección mayor al derivado del Derecho de la Unión.

no se cumplen una serie de garantías en las condenas efectuadas sin comparecencia del imputado<sup>1639</sup>. Aquí radicaría una de las claves de este asunto: ¿Por qué el Tribunal Constitucional alemán decide llevar a cabo un control de constitucionalidad si la propia Decisión Marco le permite suspender la ejecución de la orden? Se trataría de una decisión inofensiva en cuanto a los hechos – ya que se habría llegado al mismo resultado – pero importantísimo desde un punto de vista simbólico<sup>1640</sup>. En efecto, el BVerfG está enviando un significativo mensaje al TJUE: no está dispuesto a acatar la jurisprudencia *Melloni* – precisamente, uno de los elementos cruciales que Luxemburgo trata de salvaguardar hasta tal punto de constituir uno de los motivos por los que no acepta la adhesión al CEDH en el Dictamen 2/13 -. El Tribunal germano está afirmando rotundamente que llevará a cabo un “control de identidad” en cualquier caso cubierto por el Derecho de la Unión<sup>1641</sup>, incluso en aquellos ámbitos totalmente determinados por aquél<sup>1642</sup>.

Otro punto importante de la relación entre el BVerfG y el TJUE en este asunto es la ausencia de planteamiento de una cuestión prejudicial. El tribunal alemán se ampara en la doctrina del “*acte clair*” establecida por el Tribunal de Luxemburgo en la emblemática sentencia *CILFIT*, en virtud de la cual las jurisdicciones nacionales superiores no están obligadas a elevar una cuestión prejudicial cuando “la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda

---

<sup>1639</sup> Véase el artículo 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en la redacción modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009: “1. La autoridad judicial de ejecución también podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la orden de detención europea conste, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro de emisión, que el imputado (...)” (Énfasis añadido).

<sup>1640</sup> SARMIENTO, D. “Awakenings” *op. cit.* p.2.

<sup>1641</sup> Como recuerda Guiresse, no es la primera vez que un tribunal constitucional evoca la hipótesis de realizar un control de constitucionalidad, pero sí la primera vez que una jurisdicción nacional lo pone en práctica. GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux”, *op. cit.* p.7.

<sup>1642</sup> A este respecto, Mathias Hong apunta: “As long as the German Constitution remains in force, the German Federal Constitutional Court will enforce the Constitution’s right to human dignity, law of the European Union notwithstanding. That is the key message of the court’s historic 15 December 2015 decision on the European arrest warrant”, HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi” *op. cit.* p.550; Según Julian Nowag: “the message of the judgment has the potency to be lethal for the EU’s legal order: the BVerfG will always enforce human dignity as a part of its identity review. In the majority of cases, any finding of the BVerfG would be parallel to that under EU law, but the BVerfG made it clear that if necessary, it would also enforce its constitutional identity, and with it human dignity, *against* conflicting Union law” NOWAG, J. “EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix? *Bundesverfassungsgericht: Mr R*” *op. cit.* p.1453.

razonable alguna”<sup>1643</sup>. El BverfG argumenta que así sucede en este caso, razón por la cual no plantea ninguna cuestión a Luxemburgo<sup>1644</sup>. Según Reestman y Besselink, esta sentencia de la jurisdicción constitucional germana es un “golpe maestro”. Estos autores consideran que, basándose en la doctrina del “*acte clair*”, y utilizando la amenaza del “control de identidad”, el BverfG revierte la situación de tal forma que, aunque el TJUE tenga la última palabra, en realidad no tendrá margen de maniobra cuando se vea confrontado a una cuestión prejudicial del Tribunal de Karlsruhe<sup>1645</sup>. En efecto, si el Tribunal de Luxemburgo no concordara con la interpretación del BverfG, sería consciente de que estaría en peligro la unidad de la aplicación del Derecho de la Unión.

Varios autores sostienen que si este “control de identidad” por parte de las jurisdicciones nacionales se limita al mínimo imprescindible de la protección de la dignidad de los derechos constitucionales, y si se ejerce con responsabilidad, fortalecería la legitimidad del TJUE e incrementaría la presión sobre éste para asegurar la protección de los derechos humanos<sup>1646</sup>, como ya sucedió en su día con *Solange I*. El Tribunal constitucional alemán le recuerda al Tribunal de Luxemburgo, una vez más, que la protección de los derechos fundamentales es un imperativo absoluto<sup>1647</sup>. Si el TJUE continúa con la senda de no otorgar a los derechos humanos la preeminencia que merecen en su jurisprudencia, como es el caso del Dictamen 2/13, las jurisdicciones constitucionales nacionales tomarán las riendas<sup>1648</sup>. Es indudable que esta decisión del BverfG abre el camino a futuros controles

---

<sup>1643</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, apartado 21.

<sup>1644</sup> Apartado 125 de la sentencia de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14. Guiresse aporta la siguiente explicación para la negativa del BverfG a plantear una cuestión prejudicial: “Poser une question préjudicielle était courir le risque d’une fin de non-recevoir, d’une réponse lapidaire de la CJUE renvoyant à la jurisprudence *Melloni* et au principe de primauté. On peut alors imaginer que, persuadée de l’importance du problème posé, la Cour Constitutionnelle allemande ait préféré prendre une décision définitive afin de montrer sa détermination et être prise au sérieux, quitte à commettre un coup d’éclat. Réclamant un véritable dialogue avec la CJUE, d’égal à égal, elle franchit ainsi la ligne rouge au mépris de la jurisprudence *Kobler*”, GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux” *op. cit.* p.6.

<sup>1645</sup> REESTMAN, J.H. and BESSELINK, L. Editorial, “Sandwiched Between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection” *op. cit.* p.218.

<sup>1646</sup> HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: *Solange-III* and *Aranyosi*” *op. cit.* p. 563; NOWAG, J. “EU Law, Constitutional Identity, and Human Dignity: A Toxic Mix? *Bundesverfassungsgericht: Mr R*” *op. cit.* p. 1453.

<sup>1647</sup> GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux”, *op. cit.* p.5.

<sup>1648</sup> GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux”, *op. cit.* p.4.

similares por parte de otras jurisdicciones nacionales<sup>1649</sup>. En este sentido, conviene destacar las ilustrativas palabras de Daniel Sarmiento: “*The Court of Justice has never been so questioned by those who are supposed to empower it and justify its role: national supreme and constitutional courts (...) but this could only be the beginning of a long and painful trend of rebelliousness and dissatisfaction from national courts.*”<sup>1650</sup>

### 5.2.2.3.3 Otros ejemplos de contestación de tribunales nacionales

Conviene hacer referencia a la segunda reacción de una jurisdicción nacional siguiendo la estela de la decisión *Solange III*. Se trata del Tribunal Constitucional de Hungría que, el 30 de noviembre de 2016, dictó una sentencia<sup>1651</sup> en la que también realizaba un “control *ultra vires*” (formado por un “control de soberanía” y un “control de identidad”) en relación con el Derecho de la Unión Europea. La Alta Jurisdicción Constitucional húngara decidió que tenía potestad para examinar si el ejercicio de poder por parte de la Unión Europea violaba: (i) la dignidad humana o cualquier otro derecho fundamental (ii) la soberanía húngara o (iii) la identidad constitucional de Hungría. Sobre la base de este análisis, el Tribunal se arroga la capacidad de suspender el Derecho de la Unión “en el nombre de la identidad constitucional”<sup>1652</sup>. Sabemos que esta sentencia está fuertemente inspirada por *Solange III* porque el propio tribunal húngaro hace referencia a la decisión del Tribunal Constitucional alemán<sup>1653</sup>. No obstante, conviene señalar una importantísima diferencia entre la saga jurisprudencial *Solange* y la sentencia del tribunal húngaro: mientras que la invocación de la identidad constitucional por parte del Tribunal alemán tuvo como resultado la elevación de los estándares de protección de los derechos

---

<sup>1649</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.855.

<sup>1650</sup> SARMIENTO, D. “An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)”, *Despite Our Differences Blog*, 1 de febrero de 2017, disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/02/01/an-instruction-manual-to-stop-a-judicial-rebellion-before-it-is-too-late-of-course/> (último acceso: 1 de febrero de 2017), p.3.

<sup>1651</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría de 30 de noviembre de 2016, asunto 22/2016.

<sup>1652</sup> HALMAI, G. “The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity”, *Verfassungsblog*, 10 de enero de 2017, disponible en: [verfassungsblog.de /the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/](http://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/) (último acceso: 8 de febrero de 2017), p.2.

<sup>1653</sup> DRINOCZI, T. “The Hungarian Constitutional Court on the Limits of EU Law in the Hungarian Legal System”, *Iconnect Blog*, 29 de noviembre de 2016, <http://www.icconnectblog.com/2016/12/the-hungarian-constitutional-court-on-the-limits-of-eu-law-in-the-hungarian-legal-system/> (último acceso: 8 de febrero de 2017)

fundamentales, en el caso húngaro sucede lo contrario<sup>1654</sup>. Lo que subyace en la decisión de los jueces de Budapest no es sólo un desafío a la primacía del Derecho de la Unión sino también una afrenta a la protección de los derechos humanos – en este caso concreto, de los demandantes de asilo – bajo el (falso) pretexto de la “identidad constitucional”.

Dos años después de la publicación del Dictamen 2/13, el 6 de diciembre de 2016, el Tribunal Supremo de Dinamarca dictaba una sentencia en el asunto *Ajos* que tampoco ha pasado desapercibida para los estudiosos del Derecho Europeo<sup>1655</sup>. El Tribunal Supremo danés concluyó que los principios generales del Derecho de la Unión Europea desarrollados por el TJUE, tales como el principio de no discriminación por razones de edad, no son vinculantes porque no tienen su origen en una disposición específica de los Tratados. Así, el tribunal nacional no sólo estaría desatendiendo una firme y reiterada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo<sup>1656</sup>, sino también la propia respuesta que éste había dado a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal danés en el caso de autos<sup>1657</sup>. En efecto, el TJUE había dado dos opciones al Tribunal Supremo de Dinamarca: realizar una aplicación conforme de la legislación nacional respecto a la Directiva o directamente desaplicar cualquier disposición nacional que fuera contraria al Derecho de la Unión. El tribunal danés eligió una tercera vía: dejar a un lado la respuesta dada por la sentencia de Luxemburgo<sup>1658</sup>. Según los autores daneses Henrik Palmer Olsen, Mikael Rask Madsen y Urška Šadl, este pronunciamiento será recordado como un ejemplo de desafío a las líneas marcadas por el TJUE<sup>1659</sup>. Asimismo, sostienen que la sentencia *Ajos* es el

---

<sup>1654</sup> HALMAI, G. “The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity” *op. cit.* p.3.

<sup>1655</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 6 de diciembre de 2016, asunto n.º 15/2014 *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A.* Puede verse una traducción informal de la sentencia en inglés en el siguiente enlace: <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Pages/TheRelationshipbetweenEUlawandDanishlawinacaseconcerningasalariedemployee.aspx> (último acceso: 7 de febrero de 2017)

<sup>1656</sup> Véanse, por ejemplo, las emblemáticas sentencias de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 y 19 de enero de 2010, Küçükdeveci, asunto C-555/07 ECLI:EU:C:2010:21.

<sup>1657</sup> La Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión había respondido a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal danés por medio de la sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI) contra Sucesion Karsten Eigil Rasmussen*, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278.

<sup>1658</sup> KLINGE, S. “Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle” *EU law analysis*, 13 de diciembre de 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/12/dialogue-or-disobedience-between.html> (último acceso: 14 de marzo de 2017)

<sup>1659</sup> PALMER OLSEN, H. RASK MADSEN, M., SADL, U., “Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in AJOS”, *Verfassungsblog*, 30 de enero de 2017, disponible en: <http://verfassungsblog.de/legal-disintegration-the-ruling-of-the-danish-supreme-court-in-ajos/> (último acceso: 7 de febrero de 2017)

resultado de una creciente reticencia hacia los tribunales internacionales, no sólo el TJUE sino también hacia el TEDH<sup>1660</sup>.

Por su parte, el 26 de enero de 2017, el Tribunal Constitucional italiano elevaba una cuestión prejudicial<sup>1661</sup> al Tribunal de Luxemburgo solicitándole que clarificara – o más bien, revocara – su pronunciamiento en la sentencia *Taricco*<sup>1662</sup>. Este fallo imponía al sistema italiano inaplicar una norma sobre plazos que permitiría reabrir un procedimiento penal contra el Sr. Taricco y otros por fraude fiscal. El TJUE entendía que los estrictos plazos de la norma italiana impedían que se persiguiera tal fraude del IVA porque había prescrito. Según el Tribunal Constitucional italiano, no se trata de una mera cuestión procedimental, sino que también se ven afectados los derechos fundamentales del acusado<sup>1663</sup>. La Alta Jurisdicción italiana no llega a aplicar unilateralmente la doctrina de los *controlimiti*, concebida en la sentencia *Frontini* del año 1973<sup>1664</sup>, pero sí mantiene un

---

<sup>1660</sup> Interesa destacar sus palabras: “*Ajos* is a product of what might best be described as a growing irritation with international courts over their perceived legal micromanagement. In this view, the expansive tendencies of international courts via dynamic interpretation essentially collide with Danish legal culture and its focus on textual interpretation. There is a growing choir extolling the virtues of taking a hard stance against the perceived intrusions of international tribunals and their dynamic legal approaches, notably the CJEU but also the European Court of Human Rights. What *Ajos* adds to this picture of a growing ‘sovereignism’ – at times even plain nationalism – is that it does not stop short of implementing the viewpoint into legal practice. And these new and stronger formal legal requirements for making EU law applicable also have political consequences” PALMER OLSEN, H. RASK MADSEN, M., SADL, U., “Legal Disintegration? The Ruling of the Danish Supreme Court in AJOS” *op. cit.* p.2.

<sup>1661</sup> Corte Costituzionale, Ordinanza n. 24 del 2017, deposito 26 gennaio 2017, disponible en: <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (último acceso: 13 de febrero de 2017).

<sup>1662</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, Taricco, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555. Véase un análisis de esta sentencia en TIMERMAN, M. “Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco”, *Common Market Law Review* 53(3) 2016, pp. 779-796. Véase un análisis tanto de la sentencia del TJUE como de la decisión por la que el Tribunal Constitucional italiano inicia un diálogo judicial con aquél en BASSINI, M., POLLICINO, O. “The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution”, *Verfassungsblog*, 28 de enero de 2017, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/> (último acceso: 10 de febrero de 2017).

<sup>1663</sup> Véase, por ejemplo, el apartado 2 de la Ordinanza n. 24 del 2017 del Tribunal Constitucional italiano: “Non vi è inoltre dubbio che il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell’ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell’individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva. Tale principio è formulato dall’art. 25, secondo comma, Cost., per il quale «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».”

<sup>1664</sup> Véase el epígrafe 1.1.2. del presente trabajo para una explicación de esta doctrina y de la sentencia *Frontini*.

tono muy asertivo en lo relativo a la “tradición constitucional”<sup>1665</sup> en la decisión por la que eleva la cuestión prejudicial<sup>1666</sup>.

Las tensiones entre los tribunales de los Estados miembros y el TJUE son más que evidentes, pero no debemos olvidar que también han tenido su parte positiva<sup>1667</sup>. Por ejemplo, el forcejeo entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Luxemburgo ha supuesto, a largo plazo, un enriquecimiento mutuo de sus ordenamientos jurídicos<sup>1668</sup>. No obstante, tal beneficio sólo tiene lugar si hay un equilibrio entre los máximos intérpretes de aquéllos. Sostiene acertadamente Cervell que “el dictamen podría, en suma, ser una buena oportunidad para que el TC (Tribunal Constitucional) y, más general, nuestros jueces, reflexionaran en el futuro acerca del papel que los derechos humanos tienen en la UE”<sup>1669</sup>. Así, es necesario que los tribunales nacionales mantengan una posición crítica pero abierta hacia Europa y que no revistan cualquier interés nacionalista de cuestión de “identidad consitucional”<sup>1670</sup>. Por otro lado, el Tribunal de Luxemburgo tiene gran parte de responsabilidad para reestablecer el equilibrio fuertemente dañado tras el Dictamen 2/13. En efecto, como afirma González Pascual: “mediante una defensa clara de los derechos, el TJUE puede conjurar la rebelión de los Tribunales Constitucionales que la poca sensibilidad del TJUE frente a los derechos podría acabar causando (...). Esta defensa efectiva de los derechos por parte del Tribunal de Luxemburgo podría generar

---

<sup>1665</sup> Véase en el apartado 3 de la Ordenanza n. 24 del 2017 del Tribunal Constitucional italiano: “Pare utile osservare che su questo aspetto, che non riguarda direttamente né le competenze dell’Unione, né norme dell’Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell’ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale”

<sup>1666</sup> Tanto que ha llegado a ser comparada con la decisión del Tribunal Constitucional alemán por la que planteaba su primera cuestión prejudicial en el caso *Gauweiler* (Orden del Tribunal Constitucional alemán de 14 de enero de 2014, 2728/13), que fue duramente criticada por el tono utilizado. Véase FARAGUNA, P. “The Italian Constitutional Court in re Taricco: Gauweiler in the Roman Campagna”, *Verfassungsblog*, 31 de enero de 2017, <http://verfassungsblog.de/the-italian-constitutional-court-in-re-taricco-gauweiler-in-the-roman-campagna/> (último acceso: 10 de febrero de 2017).

<sup>1667</sup> Tenemos que tener en cuenta el importante papel de los tribunales nacionales en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos son concebidos para complementar, no para sustituir los mecanismos nacionales. Por tanto, como señala Türküler: “International human rights law should therefore be understood as one component of a complex system of commitments whose ability to curtail the arbitrary exercise of public power relies on the availability of external as well as internal mechanisms of oversight” TÜRKÜLER N. “European Exceptionalism and the EU’s Accession to the ECHR” *The European Journal of International Law* Vol. 27 no. 3, 2016, p.581.

<sup>1668</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)” *op. cit.* p.10.

<sup>1669</sup> CERVELL HORTAL, M.J. “El rechazo del TJUE al acuerdo de adhesión al CEDH: amarás a la unión sobre todas las cosas y a su Tribunal de Justicia como a ti mismo” *op. cit.* p. 10.

<sup>1670</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M. “El TJUE como garante de los derechos en la UE a la luz de la sentencia *Digital Rights Ireland*” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, septiembre/diciembre 2014, p.969.

una dinámica cooperativa mucho más fluida que la actual. Los resultados tangibles que las decisiones del TJUE generarían, servirían para incentivar que los tribunales nacionales, incluidos los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales, llamen a su puerta”<sup>1671</sup>. Así, vamos a ver a continuación cuál ha sido la reacción del órgano jurisdiccional de la Unión tras el profundo impacto causado por su polémico Dictamen.

---

<sup>1671</sup> GONZÁLEZ PASCUAL, M. “El TJUE como garante de los derechos en la UE a la luz de la sentencia *Digital Rights Ireland*” *op. cit.* p.966-967.



#### 5.2.2.4 Implicaciones del Dictamen 2/13 para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Luxemburgo no es ajeno ni a las críticas recibidas por su pronunciamiento ni a las reacciones tanto del TEDH como de las jurisdicciones nacionales. No es la primera vez que ha sido reprochado por no tomarse los derechos humanos en serio – véanse las reacciones tras sentencias tan polémicas como *Viking*<sup>1672</sup> o *Laval*<sup>1673</sup> –, pero esta vez la crítica ha sido casi prácticamente unánime. Por tanto, es necesario plantearse ciertas cuestiones en torno a cuál ha sido la reacción jurisprudencial de Luxemburgo tras la convulsión causada por su propio Dictamen<sup>1674</sup>: ¿Qué papel juega el Convenio y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en sus decisiones post-Dictamen? ¿Ha profundizado el proceso de “autonomización” o “*Charter centrism*” que comenzó tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa? ¿Ha iniciado el TJUE una senda más proteccionista de los derechos humanos para contrarrestar el efecto del Dictamen 2/13?

##### 5.2.2.4.1 Referencias del Tribunal de Justicia de la Unión al Convenio y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tras el Dictamen 2/13

Si observamos la jurisprudencia del TJUE desde el 18 de diciembre de 2014, constatamos que este órgano jurisdiccional ha seguido haciendo referencia al Convenio y a la jurisprudencia del TEDH. En ciertas sentencias, la cita de forma extensiva<sup>1675</sup>, mientras

---

<sup>1672</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

<sup>1673</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

<sup>1674</sup> No pretendemos en este epígrafe realizar un estudio exhaustivo de toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión desde la publicación del Dictamen 2/13, dado que muchas de las decisiones del TJUE no son relativas a la protección de los derechos fundamentales, y por tanto, exceden al ámbito de investigación del presente trabajo. Sí queremos, en cambio, explorar la reacción del TJUE tras el Dictamen 2/13 en aquellos asuntos en los que los derechos humanos se ven implicados, y así, trazar un análisis del papel que está (o no) otorgando al Convenio y a la jurisprudencia del TEDH para la resolución de aquéllos, así como de la reacción que está teniendo frente a las decisiones de las jurisdicciones nacionales. En última instancia, el objetivo de este epígrafe es el análisis del diálogo del Tribunal de Justicia de la Unión con los otros vértices del triángulo judicial europeo tras el Dictamen 2/13.

<sup>1675</sup> Véanse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de diciembre de 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de diciembre de 2015, *Tall*, C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824 o la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 and C-659/15 PPU, EU:C:2016:198.

que en otros pronunciamientos hace referencia a ella sin entrar en mucho detalle<sup>1676</sup>. Asimismo, hay asuntos en los que obvia totalmente cualquier referencia al CEDH o al Tribunal de Estrasburgo cuando sería lógico que lo hiciera<sup>1677</sup>. Éste es el caso de la importantísima sentencia *Schrems*<sup>1678</sup>, donde el TJUE cita sólo y exclusivamente su propia jurisprudencia, incluida la emblemática sentencia *Digital Rights Ireland*<sup>1679</sup>. También es llamativo que el Tribunal de Luxemburgo omita cualquier referencia al TEDH en *Delvigne*<sup>1680</sup>, cuando el propio Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones cita extensivamente la jurisprudencia de Estrasburgo y le otorga una importancia fundamental para analizar el caso<sup>1681</sup>. Asimismo, cabe destacar que el TJUE ya no se refiere a la jurisprudencia de Estrasburgo como lo hacía anteriormente, cuando declaraba expresamente que se trataba de “una fuente de inspiración” o que revestía “significado particular”<sup>1682</sup>.

Por otro lado, las referencias del TJUE al artículo 52.3 de la Carta y al papel que debe conferirse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos han sido más matizadas. Si bien hay pronunciamientos en los que afirma contundentemente que “debe tenerse en cuenta” la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>1683</sup>, en otros sólo afirma que “procede tomar en consideración”<sup>1684</sup>. Conviene apuntar que en la sentencia *Inuit Tapiriit Kanatami*, el TJUE declaró que el examen de la validez de un Reglamento se basaría *únicamente* en

---

<sup>1676</sup> Véanse, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 o la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de diciembre de 2015, *Neptune Distribution*, C-157/14, EU:C:2015:823.

<sup>1677</sup> Nos referimos en esta sección siempre a casos relativos a derechos fundamentales. Es evidente que en casos ajenos a este ámbito, el TJUE no tiene por qué hacer referencia ni al Convenio ni a la jurisprudencia del TEDH, porque no entrarían dentro del ámbito del artículo 52.3 de la Carta ni del artículo 6.3 TUE.

<sup>1678</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650.

<sup>1679</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland*, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238.

<sup>1680</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, *Delvigne*, C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648.

<sup>1681</sup> Véase el apartado 109 y los apartados 117 y ss. de las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón presentadas el 4 de junio de 2015, ECLI:EU:C:2015:363.

<sup>1682</sup> GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., “From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court” *op. cit.* p.6. El TJUE ha establecido reiteradamente que el Convenio reviste un “significado particular”, véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation*, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, apartado 283.

<sup>1683</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de diciembre de 2015, *Tall*, C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824, apartado 54.

<sup>1684</sup> Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de septiembre de 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-398/13, ECLI:EU:C:2015:535, apartado 61.

los derechos fundamentales garantizados por la Carta<sup>1685</sup>, excluyendo así al CEDH. En el mismo sentido se pronunció en el fallo *J.N.* donde también afirmó que la validez de una disposición de Derecho secundario *debe basarse únicamente* en los derechos fundamentales garantizados por el catálogo de la Unión<sup>1686</sup>. Además, en en esa misma sentencia, el TJUE se refería a las Explicaciones de la Carta que indican que el artículo 52.3 pretende garantizar la coherencia necesaria entre aquella y el CEDH, “sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”<sup>1687</sup>. Procede señalar que es la primera vez que el TJUE cita esta frase de las Explicaciones de la Carta, que recuerda claramente al tono utilizado en el Dictamen 2/13<sup>1688</sup>. Por tanto, a la luz de la jurisprudencia reciente del tribunal de Luxemburgo, observamos una continuación del proceso de “autonomización” y de “*Charter centrism*”, iniciado en 2009 y reforzado tras el Dictamen<sup>1689</sup>.

#### **5.2.2.4.2 Posición más garantista del Tribunal de Justicia de la Unión en ciertos ámbitos tras el Dictamen 2/13**

Hay un ámbito paradigmático en el que el TJUE ya había iniciado una senda proteccionista con anterioridad al Dictamen 2/13. Se trata del derecho a la privacidad, con sentencias tan punteras como *Digital Rights Ireland*<sup>1690</sup> o *Google Spain*<sup>1691</sup>, dictadas en la primavera de 2014, unos meses antes de la publicación del Dictamen. Tras éste, el TJUE no ha hecho sino profundizar esta tendencia con un pronunciamiento tan rompedor como *Schrems*<sup>1692</sup>, en el que declaraba, nada más ni nada menos, la invalidez de la

<sup>1685</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de septiembre de 2015, Inuit Tapiriit Kanatami, C-398/13, ECLI:EU:C:2015:535, apartado 46: “los artículos 17, 7, 10 y 11 de la Carta garantizan, en el Derecho de la Unión, la protección conferida por las disposiciones del CEDH invocadas por las recurrentes y que, *en el presente asunto, procede basar el examen de la validez del Reglamento de base únicamente en los derechos fundamentales garantizados por la Carta*”. (Énfasis añadido)

<sup>1686</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de febrero de 2016, J.N., C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, apartado 46.

<sup>1687</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de febrero de 2016, J.N., C-601/15, ECLI:EU:C:2016:84, apartado 47.

<sup>1688</sup> KROMMENDIJK, J. ‘The CJEU’s Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: *Opinion 2/13 as a Game Changer?*’ *op. cit.* p.5.

<sup>1689</sup> Esta decisión del TJUE de priorizar la Carta ha disminuido el potencial de “fertilización cruzada” entre el TJUE y el TEDH, como señala O’Meara, O’MEARA, N. “Lisbon via Stockholm, Strasbourg and Opinion 2/13: prospects for citizen-centred protection of fundamental rights?” en FERRERA, N. and KOSTAKOPOULOU, D. *The human face of the European Union: are EU law and policy humane enough?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p.79.

<sup>1690</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238.

<sup>1691</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, Google Spain, C 131/12, EU:C:2014:317.

<sup>1692</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650.

Decisión de la Comisión<sup>1693</sup> que gobernaba la transferencia de datos personales entre la Unión y los Estados Unidos (el “acuerdo de puerto seguro”) desde el año 2000, porque no respetaba el contenido esencial de derechos fundamentales consagrados en la Carta<sup>1694</sup>. Esta tendencia garantista en el ámbito del derecho a la privacidad y la protección de los datos personales se ha confirmado con la sentencia de diciembre de 2016 *Tele2*<sup>1695</sup>.

Sin embargo, hay un ámbito donde sí se ha notado un cambio considerable a raíz del Dictamen 2/13: el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Más concretamente, hay dos áreas dentro del ELSJ donde se perciben grandes diferencias con la línea jurisprudencial anterior: la orden de detención europea y el asilo. No es casualidad que sea en estos ámbitos el TJUE haya dado un golpe de timón. Se trata de dos campos donde el principio de confianza mutua juega un papel crucial. Como hemos señalado a lo largo de este trabajo, tal principio constituye uno de los puntos de fricción más importantes hasta el punto de configurar uno de los motivos por los que el TJUE ha manifestado su negativa al acuerdo de adhesión<sup>1696</sup>. La confianza mutua no sólo es uno de los elementos contenciosos entre el ordenamiento jurídico de la Unión y el proyecto de adhesión, sino también es uno de los motivos de fricción entre el TJUE y el TEDH<sup>1697</sup> – como atestiguan sentencias ya mencionadas como *Tarakhel* y *Avotins* – y entre el TJUE y las jurisdicciones nacionales<sup>1698</sup> – con la decisión *Solange III* como su máximo exponente -.

La confianza mutua es la clave de bóveda de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros. En este ámbito, hay una sentencia del Tribunal que merece especial atención: *Aranyosi y Căldăraru* (a la que nos referiremos

---

<sup>1693</sup> Decisión de la CE, 2000/520/CE, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América (DO L 215/7, de 25 de agosto de 2000, p. 7).

<sup>1694</sup> Véase sobre esta importantísima sentencia, entre otros: CARRERA, S. y GUILD, E. “Safe Harbour or into the storm? EU-US data transfers after the Schrems judgment”, CEPS Paper in Liberty and Security in Europe núm. 85, noviembre de 2015; DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, núm. 31, 2015, pp.1-10; URÍA GAVILÁN, E. “Derechos fundamentales versus vigilancia masiva. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 *Schrems*” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 53, Madrid, enero/abril (2016), pp. 261-282; VIDOVIĆ, M. “Schrems v Data Protection Commissioner (Case C-362/14): Empowering National Data Protection Authorities”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2015.

<sup>1695</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, *Tele2 Sverige AB*, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970.

<sup>1696</sup> Véase el epígrafe 3.3. de este trabajo, donde analizamos esta objeción del Tribunal con exhaustividad.

<sup>1697</sup> Véase el epígrafe 3.3.

<sup>1698</sup> Véase el epígrafe 5.2.2.3.

en adelante de forma breve como *Aranyosi*)<sup>1699</sup>. Se trata de la respuesta a dos cuestiones prejudiciales planteadas por las autoridades judiciales de Bremen (Alemania) respecto a la ejecución de sendas órdenes europeas de detención y entrega: una dictada contra el Sr. Aranyosi por un tribunal húngaro y otra contra el Sr. Robert Căldăraru, emitida por un órgano jurisdiccional rumano. Los tribunales de Bremen preguntaron al TJUE sobre si las condiciones de reclusión de ciertos establecimientos penitenciarios<sup>1700</sup> tanto de Hungría como de Rumanía constitúan un motivo de denegación de la entrega de ambas personas<sup>1701</sup>.

El Tribunal, amparándose en la Carta de Derechos Fundamentales<sup>1702</sup>, respondió lo siguiente: “a fin de garantizar el respeto del artículo 4 de la Carta en el caso particular de una persona que sea objeto de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución que disponga de elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que acrediten que existen tales deficiencias (relativas a las condiciones de reclusión) deberá comprobar si, en las circunstancias del caso de autos, existen razones serias y fundadas para creer que esa persona, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá un riesgo real de sufrir en ese Estado miembro un trato inhumano o degradante, en el sentido de ese artículo”<sup>1703</sup>. Por tanto, el Tribunal propone que el juez nacional realice un examen consistente en dos pasos. El primero sería de tipo “general”, basado en

---

<sup>1699</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, Pál Aranyosi y Robert Căldăraru, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198. Véanse los siguientes análisis de esta sentencia, entre otros: ASTA, G. “La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo”, *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 2/2016, p. 7; BRIBOSIA, E. y WEYEMBERGH, A. “Arrêt Aranyosi et Căldăraru: imposition de certaines limites à la confiance mutuelle dans la coopération judiciaire pénale”, *Journal de droit européen*, núm. 6, 2016, pp. 225-227; GÁSPÁR-SZILÁGY, S. “Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 24, 2016, pp. 203-206; HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi” *op. cit.*; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. “La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Aranyosi y Caldaru*”. *Revista de derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, pp. 859-900.

<sup>1700</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado tanto a Hungría como a Rumanía por la sobrepoblación carcelaria de sus prisiones, como se explica en los apartados 43 y 60 de la sentencia *Aranyosi*.

<sup>1701</sup> Cabe destacar que 11 Estados miembros – entre ellos, España - y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas en el procedimiento. Para una explicación detallada de sus posiciones y de sus argumentos, véase BANG FUGLSANG MADSEN SØRENSEN, H. “Mutual trust - blind trust or general trust with exceptions? The CJEU hears key cases on the European Arrest Warrant” <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/search?q=aranyosi> (último acceso: 6 de marzo de 2017).

<sup>1702</sup> Concretamente el artículo 4 de la Carta referente a la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes.

<sup>1703</sup> Apartado 94, sentencia *Aranyosi*.

“elementos objetivos”, destinado a demostrar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. El segundo sería de tipo “individualizado”, pues una vez constatada la existencia de tales deficiencias “sistémicas”, el tribunal nacional deberá comprobar si existen razones para creer que “*la persona de que se trate* correrá ese riesgo debido a las condiciones de reclusión previstas para ella en el Estado miembro emisor”<sup>1704</sup>. Si el juez nacional constata que existe ese riesgo, deberá aplazar la ejecución de esa orden<sup>1705</sup>.

Es en el segundo punto del examen donde radica la novedad de la posición del TJUE y su acercamiento al enfoque “individualista” del TEDH de las sentencias *MSS* y *Tarakhel*<sup>1706</sup>, en contraposición a la orientación basada exclusivamente en las “deficiencias sistemáticas”<sup>1707</sup> que había mantenido tradicionalmente el TJUE en sentencias como *NS* o *Abdullahi*<sup>1708</sup>. No sólo es importante *Aranyosi* por esta conclusión sino por la manera en la que llega a ella, apoyándose de forma decisiva en la correlación entre el artículo 4 de la Carta y el artículo 3 del Convenio<sup>1709</sup> y, sobre todo, la jurisprudencia del TEDH que desarrolla este precepto<sup>1710</sup>. De hecho, es uno de los pocos pronunciamientos del TJUE en el que suscribe de forma tan explícita la doctrina desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo<sup>1711</sup>. Además, *Aranyosi* marca un cambio

---

<sup>1704</sup> Énfasis añadido. Apartado 92, sentencia *Aranyosi*.

<sup>1705</sup> Apartado 98, sentencia *Aranyosi*.

<sup>1706</sup> Explicadas en el epígrafe 3.3. del presente trabajo.

<sup>1707</sup> Hay que tener en cuenta que, si bien *Aranyosi* supone un avance hacia un análisis individualizado, el TJUE no abandona del todo su enfoque “sistemático”, como señala Rizcallah: “It remained, however, unclear whether the exception to mutual trust provided in *Aranyosi and Căldăraru* was more or less protective of fundamental rights. Even though a second condition was added, the deficiency requirement seemed softened” RIZCALLAH, C. “The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection” *EU Law Analysis Blog*, 20 febrero de 2017, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/02/the-dublin-system-ecj-squares-circle.html> (último acceso: 9 de marzo de 2017).

<sup>1708</sup> Analizadas en el epígrafe 3.3.

<sup>1709</sup> A este respecto es muy importante que el Tribunal destaca el carácter absoluto e inderogable del artículo 4 de la Carta, en la línea de lo establecido por el Convenio respecto al artículo 3, que es una de las disposiciones que nunca puede ser derogada ni siquiera en caso de Estado de excepción, de conformidad con el artículo 15.2 del CEDH.

<sup>1710</sup> Apartado 90 de la sentencia *Aranyosi*: “A este respecto, de la jurisprudencia del TEDH se desprende que el artículo 3 del CEDH impone a las autoridades del Estado en cuyo territorio se lleve a cabo un encarcelamiento la obligación positiva de cerciorarse de que cualquier reo esté recluido en condiciones que garanticen el respeto de la dignidad humana, de que las modalidades de ejecución de la medida de privación de libertad no expongan al recluso a una angustia o a dificultades cuya intensidad supere el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la reclusión, y de que, dadas las limitaciones prácticas del encarcelamiento, se vele adecuadamente por la salud y el bienestar del recluso” (véase TEDH, sentencia Torreggiani y otros c. Italia de 8 de enero de 2013, n.os 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 y 37818/10, apartado 65).”

<sup>1711</sup> KROMMENDIJK, J. ‘The CJEU’s Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: *Opinion 2/13* as a Game Changer?’ *op. cit.* p.8.

notable tanto de tono como de posición respecto a la sentencia *Melloni*<sup>1712</sup>. Mientras que ésta excluía cualquier análisis individualizado, *Aranyosi* construye una “excepción de respeto de derechos humanos”, cuya importancia se extenderá más allá de los confines de la Unión Europea, hacia las relaciones con los órdenes constitucionales de los Estados miembros y hacia el sistema del Convenio<sup>1713</sup>. Este paso reduce significativamente la distancia entre los tres vértices del triángulo judicial europeo que *Melloni* contribuyó a crear<sup>1714</sup>.

Asimismo, son reseñables las diferencias entre la aproximación a este caso por parte del Tribunal de Justicia y por parte del Abogado General Bot<sup>1715</sup>. Éste niega que exista una “excepción de derechos humanos” en el sistema de la euroorden y evita por todos los medios referirse siquiera al artículo 52.3 de la Carta y la relación entre los artículos 3 del CEDH y el artículo 4 de aquélla. Sus conclusiones fueron tan polémicas que incluso dieron lugar a que varias organizaciones de derechos humanos dirigieran un escrito a la comisaria de Justicia de la Comisión Europea, Vera Jourova, titulado “*AG’s Opinion in Aranyosi and Caldararu – a threat to justice in Europe*”<sup>1716</sup>.

*Aranyosi* no es el fin de esta historia, sino un hito en el viraje del Tribunal de Justicia en el ámbito de la orden de detención europea<sup>1717</sup>. Varias sentencias han seguido esta senda más garantista, como *Bob Dogi*<sup>1718</sup> o *Petruhhin*<sup>1719</sup>, o la han precedido, como *Lanigan*<sup>1720</sup>.

---

<sup>1712</sup> Estudiada en el epígrafe 3.2.2. de este trabajo.

<sup>1713</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. “La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Aranyosi y Caldararu*” *op. cit.* p.862-863.

<sup>1714</sup> HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi” *op. cit.* p.562.

<sup>1715</sup> Conclusiones del Abogado General Yves Bot, presentadas el 3 de marzo de 2016, ECLI:EU:C:2016:140

<sup>1716</sup> En el escrito, fechado el 10 de marzo de 2016, solicitaban lo siguiente: “We respectfully urge you, Commissioner, to: 1. Re-emphasise the Commission’s long-standing position that mutual recognition should not operate to undermine human rights – founding values for the EU. 2. Commit, should the Court following the reasoning of AG Bot, to introducing legislation to make explicit that the Arrest Warrant Framework Decision and other mutual recognition measures are subject to proper protection for fundamental rights (...) 3. Commit to effective EU-wide legislation as a matter of urgency to tackle the unjustified use of pre-trial detention (...)”. Escrito disponible en: [www.fairtrials.org/wp-content/uploads/160310-Jourov%C3%A11.pdf?platform=hootsuite](http://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/160310-Jourov%C3%A11.pdf?platform=hootsuite) (último acceso: 6 de marzo de 2017).

<sup>1717</sup> Steve Peers llega a preguntarse: “Has the Court turned from poacher to gamekeeper of human rights in the EAW (European Arrest Warrant) context?”, cuestión que da lugar al título de su artículo: PEERS, S. “Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?” *op. cit.* p.3.

<sup>1718</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de junio de 2016, Bob Dogi, asunto C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385.

<sup>1719</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, asunto C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630.

<sup>1720</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2015, Lanigan, asunto C-237/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:474.

Según el profesor Cortés Martín: “estos fallos recientes del TJUE parecen dejar fuera de duda varias cosas. En primer lugar, confirman el papel del TJUE como un verdadero componedor en materia de derechos fundamentales. Desde la perspectiva del CEDH sería ideal que los siguientes desarrollos jurisprudenciales confirmaran esta flexibilidad hasta el punto de que el TJUE llegue incluso a relativizar su objeción relacionada con el ELSJ en el Dictamen núm. 2/13 y su progenie la doctrina *Melloni*, la cual no parece ser especialmente persuasiva”<sup>1721</sup>. Además, *Aranyosi* va camino de convertirse en una saga de sentencias, ya que los tribunales alemanes han vuelto a dirigirse al TJUE en septiembre de 2016 para solicitarle que clarifique ciertos aspectos que han quedado pendientes tras su primer pronunciamiento<sup>1722</sup>. Así, se espera que se dicte una sentencia *Aranyosi II*, que arroje más luz sobre la debida protección de los derechos humanos en este ámbito. Es éste un claro ejemplo de diálogo judicial en la tutela multinivel de derechos fundamentales en el espacio europeo.

La segunda área del ELSJ donde se percibe una postura más matizada (aunque desigual) del TJUE tras el Dictamen 2/13 es el derecho de asilo. Un ejemplo es la sentencia *Ghezelbash*<sup>1723</sup> donde el Tribunal subrayó el derecho de un demandante de asilo a un recurso judicial efectivo contra una decisión de transferirle a otro Estado miembro. En este caso, el TJUE confirmó la disponibilidad de estos recursos contra la aplicación de los criterios del Reglamento de Dublín más allá de las “deficiencias sistemáticas en el Estado receptor” y no permitió a los tribunales nacionales esconderse tras el muro de la

---

<sup>1721</sup> CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.847.

<sup>1722</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht de Bremen (Alemania) el 16 de septiembre de 2016 — Proceso penal contra Pál Aranyosi (Asunto C-496/16). Las preguntas formuladas por el tribunal alemán son las siguientes: “¿Deben interpretarse los artículos 1, apartado 3, 5 y 6, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en el sentido de que el Estado miembro de ejecución, al adoptar una decisión de extradición a efectos del ejercicio de acciones penales, únicamente debe excluir el riesgo real de trato inhumano o degradante del acusado, en el sentido del artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre la base de las condiciones de reclusión en el primer centro penitenciario en el que se interne al acusado tras la entrega al Estado miembro emisor?”

¿Debe el Estado miembro de ejecución excluir también, al adoptar su decisión, el riesgo real de un trato inhumano o degradante del acusado sobre la base de las condiciones de reclusión en el centro penitenciario en el que cumpliría una pena en caso de condena?

¿Debe el Estado miembro de ejecución excluir dicho riesgo para el interesado también en el supuesto de posibles traslados a otros centros penitenciarios?”

<sup>1723</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, *Ghezelbash*, asunto C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409



confianza entre Estados<sup>1724</sup>, revirtiendo la postura que había adoptado en *Abdullahi* unos años antes<sup>1725</sup>. Asimismo, este caso es importante porque el TJUE señala que, a diferencia del Reglamento de 2003<sup>1726</sup>, en el Reglamento de 2013<sup>1727</sup> se introdujeron “mejoras necesarias a la luz de la experiencia, para aumentar la eficacia del sistema de Dublín y *la protección concedida a los solicitantes*, protección garantizada mediante la tutela judicial de la que disfrutan”<sup>1728</sup>. Por tanto, no sólo pone el foco en la “eficacia del sistema de Dublín”, como ha hecho tradicionalmente, sino también en la protección de los demandantes de asilo. El mismo día que la Gran Sala del TJUE dictó *Ghezelbash*, también publicó otro pronunciamiento sobre el derecho de asilo en el asunto *Karim*<sup>1729</sup>. Dado que los hechos y las preguntas eran similares, el TJUE se remitió a las conclusiones de *Ghezelbash*, siguiendo, consecuentemente, la misma línea garantista.

El Tribunal de Luxemburgo dio un paso más en la importantísima sentencia *C.K.*<sup>1730</sup>. Se trataba de una pareja que inició una solicitud de asilo en Eslovenia, pero, según los criterios de Dublín, correspondía a Croacia conocer del caso. A pesar de que este último país no tiene constatadas “deficiencias sistemáticas” en su sistema de asilo, la mujer tenía un estado de salud delicado y su traslado a otro Estado podía hacer peligrar su situación. El tribunal esloveno elevó varias preguntas prejudiciales al TJUE para saber, por un lado, si la transferencia a otro Estado podía suspenderse aunque no hubiera deficiencias sistémicas en Croacia y por otro, sobre la obligatoriedad de la denominada “cláusula de soberanía”<sup>1731</sup> - mediante la cual un Estado puede decidir examinar una solicitud de protección internacional aun cuando este examen no le incumba -.

---

<sup>1724</sup> BROUWER, E. “Mutual Trust and Human Rights in the AFSJ: In Search of Guidelines for National Courts” *op. cit.* p.911.

<sup>1725</sup> Sentencia de Gran Sala de 10 de diciembre de 2013, *Abdullahi*, asunto C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813.

<sup>1726</sup> “Reglamento Dublín II” (Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO L 50 de 25.2.2003).

<sup>1727</sup> “Reglamento Dublín III” (Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DO L 180 de 29.6.2013, p. 31/59)

<sup>1728</sup> Apartado 52, sentencia *Ghezelbash*.

<sup>1729</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, *Karim*, asunto C-155/15, ECLI:EU:C:2016:410.

<sup>1730</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2017, *C.K.*, asunto C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127.

<sup>1731</sup> Establecida en el artículo 17 del Reglamento de 2013.

La Sala Quinta del Tribunal de Justicia no siguió las conclusiones del Abogado General Tanchev<sup>1732</sup>, que alegaba que *sólo* las deficiencias sistémicas en el Estado receptor podían dar lugar a la suspensión de un traslado. Tanchev justificaba su conclusión en el principio de confianza mutua y en la necesidad de la efectividad del sistema europeo común de asilo<sup>1733</sup>. Además, el Abogado General afirmaba: “ha de recordarse que el Tribunal de Justicia no está en modo alguno obligado a seguir la posición del TEDH”<sup>1734</sup>. En cambio, el TJUE sí se apoyó de forma decisiva tanto en la correlación del artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales con el artículo 3 del Convenio<sup>1735</sup> como en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>1736</sup>. El Tribunal de Luxemburgo concluyó que, además de aquellas situaciones en las que haya deficiencias sistemáticas en el Estado responsable, se debe suspender el traslado de demandantes de asilo cuando den lugar a un riesgo real para la persona de que se trate de sufrir tratos inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 4 de la Carta<sup>1737</sup>. El Tribunal va más allá afirmando que, en caso de que un Estado procediera al traslado en tal situación, ese tratamiento inhumano y degradante será imputable a aquél<sup>1738</sup>.

Además, la sentencia *C.K.* plantea interrogantes fundamentales como: ¿qué sucedería si, en vez de tratarse del derecho fundamental a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, que tanto a la luz del Convenio como de la Carta, es absoluto e inderogable, nos encontráramos ante otro derecho fundamental? ¿También justificaría una excepción al traslado de demandantes de asilo en el marco del sistema de Dublín? Por otro lado, respecto a la cláusula de soberanía del Reglamento Dublín III, el Tribunal considera que, si no se espera que el estado de salud del demandante de asilo mejore, el Estado miembro (en este caso, Eslovenia) tiene la posibilidad de examinar la solicitud<sup>1739</sup>. No obstante, se

---

<sup>1732</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Tanchev, presentadas el 9 de febrero de 2017, *C.K.*, asunto C-578/16, ECLI:EU:C:2017:108.

<sup>1733</sup> Apartado 51 de sus conclusiones.

<sup>1734</sup> Apartado 53 de sus conclusiones. Conviene hacer referencia a la crítica que Henri Labayle dedica a esta afirmación del Abogado General Tanchev cuyas consecuencias afectan directamente a los tribunales nacionales: “L’autisme de l’affirmation fait d’ailleurs bon marché de la position inconfortable des Etats membres, pris dans ce cas de figure entre le marteau et l’enclume d’une condamnation à Strasbourg ou à Luxembourg ...” LABAYLE, H. “Escale à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d’un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (*C.K. c. Slovénie*, C-578/16 PPU)” *EUMigration Blog*, 1 de marzo de 2017, disponible en: <http://eumigrationlawblog.eu/escale-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/> (último acceso: 7 de marzo de 2017)

<sup>1735</sup> Véanse los apartados 67 y 68 de la sentencia *C.K.*

<sup>1736</sup> Véase el apartado 78 de la sentencia *C.K.*

<sup>1737</sup> Véanse los apartados 85 y siguientes de la sentencia *C.K.*

<sup>1738</sup> Apartado 95 de la sentencia *C.K.*

<sup>1739</sup> Apartado 96 de la sentencia *C.K.*

trata de una posibilidad, no de una obligación<sup>1740</sup>. ¿Qué sucede entonces con los casos en los que se suspenda el traslado al Estado responsable de examinar la petición de asilo pero, a su vez, el primer Estado también se niegue a hacerlo (porque es una cuestión potestativa)? Podría surgir un problema de “refugiados en órbita”, cuyas solicitudes de asilo no serían examinadas ni en uno ni en otro Estado<sup>1741</sup>.

Es importante destacar que *C.K.* tiene similitudes con *Aranyosi*. En ambas, el Tribunal enfatizó la obligación positiva que se impone a los Estados miembros de verificar el riesgo individual que puede sufrir la persona – tanto por motivos de salud en *C.K.*<sup>1742</sup> como por las condiciones de reclusión en las prisiones, en *Aranyosi*<sup>1743</sup>. En aquella sentencia, el Tribunal cita varias veces el razonamiento seguido en *Aranyosi*<sup>1744</sup>. En ambos pronunciamientos, el TJUE declara expresamente el carácter absoluto de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, indisociable del respeto de la dignidad humana<sup>1745</sup>. Las dos líneas de jurisprudencia en materia de asilo y de orden de detención europea han confluído en este punto<sup>1746</sup>, dando como resultado una mayor convergencia con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, con las jurisdicciones nacionales y un alejamiento del enfoque del Dictamen 2/13<sup>1747</sup>. Steve Peers apunta directamente a éste como una de las razones del viraje del Tribunal. Considera que, una vez que el TJUE marcó su territorio en aquel fallo, ha adoptado una aproximación más flexible – pero, siempre dentro de su control – que puede que facilite la renegociación de un nuevo acuerdo de adhesión<sup>1748</sup>.

---

<sup>1740</sup> Apartado 97 de la sentencia *C.K.*

<sup>1741</sup> RIZCALLAH, C. “The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection” *op. cit.* p.7.

<sup>1742</sup> Apartados 75, 76 y 77 de la sentencia *C.K.*

<sup>1743</sup> Apartado 95 y siguientes de la sentencia *C.K.*

<sup>1744</sup> Véanse los apartados 59 y 75 de la sentencia *C.K.*

<sup>1745</sup> Véase el apartado 85 de la sentencia *Aranyosi* y el apartado 59 de la sentencia *C.K.*

<sup>1746</sup> Según Cortés Martín, puede esperarse que esta línea más garantista se extienda a las restantes áreas del ELSJ en las que se aplica el principio de reconocimiento mutuo, como, por ejemplo, el Reglamento Bruselas II Bis sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *op. cit.* p.845.

<sup>1747</sup> Como señala Hong: “We are witnessing a new phase in the judicial dialogue involving the Court of Justice, the European Court of Human Rights and the national constitutional courts, in which the Court of Justice increasingly presents itself as an attentive listener” HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi” *op. cit.* p.549.

<sup>1748</sup> PEERS, S. “Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?” *op. cit.* p.3.

Esta tendencia jurisprudencial introduce un cambio crucial porque, en lugar de continuar una pretendida dicotomía entre el principio de confianza mutua y la protección individualizada de los derechos - como sucedía en el Dictamen 2/13 -, reconoce la necesaria interdependencia de estos imperativos<sup>1749</sup>. En efecto, el principio de confianza mutua está, precisamente, fundado en el respeto por parte de los Estados miembros de unos mismos valores, entre ellos, los derechos humanos. Al reconocer que la presunción relativa al nivel de protección de los derechos fundamentales puede revertirse, el Tribunal ha sustituido un dogma teórico basado exclusivamente en la confianza por un control descentralizado sobre la protección de aquellos a nivel nacional<sup>1750</sup>. A la confianza se le ha unido una (necesaria) forma de control, a través del cual, en determinados casos, los Estados miembros tienen derecho de verificar si los demás respetan los derechos fundamentales<sup>1751</sup>. Así, se desmantela la asunción de que llevar a cabo controles por parte de los tribunales nacionales equivale a “desconfianza” entre los Estados miembros. Muy al contrario, la prevalencia de un sistema efectivo y completo de protección de derechos humanos constituye un componente esencial para el correcto funcionamiento de la confianza mutua<sup>1752</sup>.

#### **5.2.2.4.3 La falta de uniformidad en la evolución garantista del Tribunal de Justicia**

Desafortunadamente, no todo son buenas noticias para la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Si bien hemos destacado la evolución del TJUE hacia una posición más garantista, conviene señalar que esta tendencia no es uniforme. En el mismo ámbito del derecho al asilo, la posición del Tribunal oscila entre unas sentencias que manifiestan una mayor garantía de aquél y otros pronunciamientos donde priman otros intereses. Un ejemplo paradigmático es la reciente sentencia *X y X*<sup>1753</sup>. En

---

<sup>1749</sup> RIZCALLAH, C. “The Dublin system: the ECJ Squares the Circle Between Mutual Trust and Human Rights Protection” *op. cit.* p.6.

<sup>1750</sup> MONTALDO, S. “On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 3, pp. 965-996, p.993.

<sup>1751</sup> Es lo que Iris Canor denomina “horizontal Solange test”, véase CANOR, I. “My brother’s keeper? horizontal Solange: An ever closer distrust among the peoples of Europe”, *Common Market Law Review* 50: 383-422, 2013, pp.385-386.

<sup>1752</sup> MONTALDO, S. “On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 3, pp. 965-996, p.993.

<sup>1753</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de marzo de 2017, *X y X*, asunto C-638/16, ECLI:EU:C:2017:173.

primer lugar, hay que precisar que este pronunciamiento, a diferencia de los analizados anteriormente, se refiere a los denominados “visados humanitarios” en el marco del sistema Schengen. En este caso, se trata de una familia cristiana ortodoxa (un matrimonio con tres hijos menores de corta edad) que viven en la ciudad asediada de Alepo (Siria). Sobre la base del artículo 25 del Código comunitario de visados<sup>1754</sup>, solicitan un visado de validez territorial limitada ante la Embajada de Bélgica en Beirut (Líbano), declarando que el objetivo de su entrada en el Estado comunitario sería presentar una petición de asilo allí. Las autoridades belgas les denegaron el visado, la familia recurrió esta decisión y el *Conseil du Contentieux des Étrangers* de Bélgica elevó unas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. Éste consideró que el asunto no entraba en el ámbito de aplicación del Código de visados, dado que esta regulación sólo se refiere a estancias cuya duración no supere los 90 días y la intención de la familia siria era la de permanecer más tiempo, ya que pretendían solicitar asilo en este Estado<sup>1755</sup>. El Tribunal concluyó que la situación controvertida en el litigio principal no estaba regulada por el Derecho de la Unión y por tanto, no le resultaban aplicables las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>1756</sup>. El propio TJUE reconoce la motivación que explica su postura: la conclusión contraria pondría en peligro el sistema de Dublín<sup>1757</sup>.

Este pronunciamiento era muy esperado por sus importantísimas implicaciones para lograr una vía segura de los refugiados hacia Europa<sup>1758</sup>. Las conclusiones del Abogado General Mengozzi<sup>1759</sup> habían alimentado el optimismo sobre la decisión final del Tribunal que, finalmente, no siguió la línea propuesta por aquél. Mengozzi consideró que las solicitudes de visado de X y X estaban absolutamente dentro del ámbito del Código de visados, y por ende, era aplicable el Derecho de la Unión y la Carta. El Abogado General

---

<sup>1754</sup> Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) (DO 2009, L 243, p. 1; corrección de errores en DO 2013, L 154, p. 10), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 (DO 2013, L 182, p. 1).

<sup>1755</sup> Apartados 40-43 de la sentencia *X y X*.

<sup>1756</sup> Apartado 45 de la sentencia *X y X*.

<sup>1757</sup> Véase el apartado 48 de la sentencia *X y X*: “Es preciso añadir que la conclusión contraria equivaldría a permitir a los nacionales de terceros países, habida cuenta de que el Código de visados fue concebido para la expedición de visados para estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a 90 días por periodo de 180 días, que presenten solicitudes de visado, basándose en dicho Código, con la finalidad de obtener la protección internacional en el Estado miembro de su elección, *lo cual iría en contra de la estructura general del sistema establecido por el Reglamento n.º 604/2013*” (Énfasis añadido).

<sup>1758</sup> Conviene señalar que presentaron observaciones en este procedimiento 14 Estados miembros y la Comisión Europea.

<sup>1759</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 7 de febrero de 2017, *X y X*, asunto C-638/16 ECLI:EU:C:2017:93.

declaraba: “el Estado miembro al que un nacional de un tercer país ha solicitado la expedición de un visado de validez territorial limitada por razones humanitarias *está obligado a expedir tal visado* si existen motivos serios y probados para creer que la negativa a expedir tal documento tendrá como consecuencia directa exponer a dicho nacional de un tercer país a sufrir tratos prohibidos por el artículo 4 de la Carta, al privarle de una vía legal para ejercer su derecho a solicitar la protección internacional en ese Estado miembro”<sup>1760</sup>. Los enfoques del Tribunal y Mengozzi son antagónicos no sólo por el resultado, sino también por su aproximación. A diferencia del Abogado General, el TJUE esquiva la (imposible) tarea de tener que interpretar la Carta de tal forma que no tuviera un efecto negativo en el funcionamiento del sistema de Dublín<sup>1761</sup>. Como resultado, prima la eficacia de éste sobre la protección de los derechos fundamentales.

Otras decisiones muy significativas en el ámbito del derecho de asilo son los autos del Tribunal de Justicia<sup>1762</sup> en los que declara su incompetencia para conocer de tres recursos de anulación contra la Declaración de la Unión Europea y Turquía de 18 de marzo de 2016<sup>1763</sup>. La razón que aduce es que tal Declaración no puede considerarse un acto

<sup>1760</sup> Apartado 163 de las conclusiones del Abogado General Mengozzi. Énfasis añadido.

<sup>1761</sup> ZOETWEIG-TURHAN, M. y PROGIN-THEUERKAUF, S. “CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe”, *European Law Blog*, 10 de marzo de 2017, disponible en <http://europeanlawblog.eu/2017/03/10/cjeu-case-c-63816-ppu-x-and-x-dashed-hopes-for-a-legal-pathway-to-europe/> (último acceso: 9 de marzo de 2017)

<sup>1762</sup> Autos del Tribunal General (Sala Primera ampliada) de 28 de febrero de 2017, NF, asunto T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128; NG, asunto T-193/16 ECLI:EU:T:2017:129; NM, asunto T-257/16, ECLI:EU:T:2017:129.

<sup>1763</sup> Véase la Declaración a través del comunicado de prensa del Consejo Europeo de 18 de marzo de 2016 publicado en: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> (último acceso: 9 de marzo de 2017). Véanse los siguientes análisis de este controvertida Declaración: CORTEN, O., DONY, M., “Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du “machin” conclu entre l’UE et la Turquie en matière d’asile?” *EU Migration Law Blog*, 10 de junio de 2016, <http://eumigrationlawblog.eu/accord-politique-ou-juridique-quelle-est-la-nature-du-machin-conclu-entre-lue-et-la-turquie-en-matiere-dasile/> (último acceso: 9 de marzo de 2017); DEN HEIJER, M. and SPIJKERBOER, T., “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?” *EU law Analysis*, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html> (último acceso: 9 de marzo de 2017); FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., “The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem” *European Papers*, European Forum, 17 Octubre 2016, pp. 1-8; GATTI, M., “The EU-Turkey Statement: A Treaty that violates democracy” (Part 1 of 2), 18 April 2016, disponible en: <http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/> (último acceso: 9 de marzo de 2017); PEERS, S., “The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: Is It Legal?” 16 March 2016 *EU Law Analysis*, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html> (último acceso: 9 de marzo de 2017); SPIJKERBOER, T., “Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law *European Papers – A Journal on Law and Integration*” – Vol. 1, 2016, No 2, pp. 533-559; URÍA GAVILÁN, E. “La Declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos” en Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, Tirant Lo Blanch. (Pendiente de publicación)

adoptado por el Consejo Europeo, ni por ninguna otra institución, órgano u organismo de la Unión, sino por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro turco<sup>1764</sup>. Esta conclusión es muy sorprendente si tenemos en cuenta los siguientes elementos: la Declaración fue publicada en la página del Consejo Europeo, estaban presentes los presidentes de esta institución y de la Comisión, los firmantes se reunieron en el edificio Justus Lipsius de Bruselas (sede compartida del Consejo y el Consejo Europeo) y sobre todo, los términos de la Declaración hacen referencia constantemente a los compromisos que adquieren “la Unión Europea” (no los Estados miembros de forma individual) y Turquía<sup>1765</sup>. Con este movimiento procesal, el TJUE se descarga, una vez más, de la responsabilidad de tener que analizar la compatibilidad de la actuación de las instituciones europeas con la Carta de Derechos Fundamentales. Además conviene señalar que la Declaración Unión Europea-Turquía de 18 de marzo de 2016 constituye un caso muy ilustrativo de la inmunidad actual de la Unión respecto a un control externo de su respeto de los derechos humanos. En efecto, en caso de que este asunto llegara hasta el Tribunal de Estrasburgo y éste declarara que se ha vulnerado alguno de los derechos recogidos en el Convenio, los responsables de tal violación serían los Estados miembros, en ningún caso la Unión Europea como tal, dado que aún no es parte en el CEDH.

Fuera del ámbito del derecho de asilo, el Tribunal también ha dictado otros fallos que distan mucho de su línea garantista tras el Dictamen 2/13. Un claro ejemplo es la sentencia *Celaj*<sup>1766</sup>, donde el TJUE consideró que la imposición de una pena de prisión para un nacional de un tercer país que había violado una prohibición de entrada en territorio

---

<sup>1764</sup> Véanse los apartados 66 a 72 del auto.

<sup>1765</sup> Véanse como ejemplos las siguientes frases del comunicado: “Turquía y la Unión Europea han reafirmado su compromiso con la aplicación del Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015” “la UE y Turquía han decidido hoy poner término a la migración irregular desde Turquía a la UE” “La UE, en estrecha cooperación con Turquía, acelerará más el desembolso de los 3000 millones de euros inicialmente asignados en virtud del Mecanismo para los refugiados en Turquía”.

<sup>1766</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 1 de octubre de 2015, *Celaj*, asunto C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640. Véanse sobre este pronunciamiento, entre otros: MAJCHER, I. “The CJEU’s Ruling in *Celaj*: Criminal penalties, entry bans and the Returns Directive”, *EU Law Analysis Blog*, 6 de octubre de 2015, disponible en: <http://eulawanalysis.blogspot.it/2015/10/the-cjeus-ruling-in-celaj-criminal.html> (último acceso: 11 de marzo de 2017); PEYRONNET, C. “De l’éloignement à la neutralisation : la CJUE navigue à vue dans la mer de l’irrégularité”, *La Revue des droits de l’homme*, octubre 2015 <http://revdh.revues.org/1502> (último acceso : 11 de marzo de 2017) ; URÍA GAVILÁN, E. “Pena de prisión e inmigración irregular: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto C-290/14 *Celaj*” *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 299-306.

italiano es compatible con la Directiva de retorno<sup>1767</sup>. Sorprende que, siendo el elemento central de este caso la puesta en libertad de una persona, el Tribunal no hiciera referencia alguna a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea - que recoge el derecho a la libertad y a la seguridad en su artículo 6 - ni a la jurisprudencia del TEDH relativa a la detención (tanto administrativa como penal) de ciudadanos extranjeros en situación irregular<sup>1768</sup>. Otro ejemplo importante es la sentencia *Delvigne*<sup>1769</sup>, en la que el TJUE decidió que una medida nacional que excluía del derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo a aquellas personas condenadas penalmente no era incompatible con la Carta de derechos fundamentales. En este caso, el Tribunal obvió cualquier referencia al Convenio o a la jurisprudencia del TEDH en este ámbito. Por último, en el ámbito de la prohibición de discriminación por motivos de religión, el Tribunal de Luxemburgo dictó dos polémicos pronunciamientos en los asuntos *Achbita*<sup>1770</sup> y *Bougnaoui*<sup>1771</sup>. En ambos casos, se trata de dos mujeres trabajadoras que fueron despedidas, una en Bélgica y otra en Francia, por llevar velo islámico en su lugar de trabajo. El TJUE consideró que sendas decisiones de los empresarios no constituían discriminación directa, a la luz de la Directiva 2000/78/CE<sup>1772</sup>. Si bien el Tribunal cita formalmente la jurisprudencia del TEDH en el ámbito de la prohibición de discriminación por motivos religiosos en la sentencia *Achbita*<sup>1773</sup>- en la sentencia *Bougnaoui* ni hace referencia a ella -, lo cierto es que, en el fondo, el TJUE no sigue los criterios que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su sentencia *Eweida*<sup>1774</sup>. Así, estos fallos abren el interrogante sobre qué sucederá si los tribunales nacionales confirman que los despidos fueron procedentes, ambas demandantes decidieran recurrir, agotaran todas las vías judiciales en sus respectivos países y llegaran al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>1767</sup> Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98).

<sup>1768</sup> Como, por ejemplo, las sentencias del TEDH de 29 de enero de 2008, asunto Saadi c. Reino Unido, nº 13229/03 o de 19 de junio de 2008 en el asunto *Ryabikin v. Russia*, nº 8320/04.

<sup>1769</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, *Delvigne*, asunto C-650/13 ECLI:EU:C:2015:648.

<sup>1770</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, *Achbita*, asunto C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

<sup>1771</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, *Bougnaoui*, asunto C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204.

<sup>1772</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

<sup>1773</sup> Véase el apartado 39 de la sentencia *Achbita*.

<sup>1774</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) de 15 Enero de 2013, *Eweida y Otros contra Reino Unido*, (solicitudes nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10).



Sería muy interesante ver si éste se alinea con lo decidido por el TJUE o mantiene su jurisprudencia establecida en *Eweida*<sup>1775</sup>.

Sobre esta desigual protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Luxemburgo, coincidimos con Daniel Sarmiento al cuestionar: “*Fundamental rights deserve equal protection, but why are some fundamental rights more equal than others?*”<sup>1776</sup>. En efecto, como hemos visto, el TJUE trata de forma muy heterogénea los asuntos en que se ven implicados los derechos humanos<sup>1777</sup>. Nada tiene que ver su enfoque garantista en lo relativo con el derecho a la privacidad – que incluso va más allá del TEDH y de las jurisdicciones nacionales – con su aproximación al derecho al asilo en el caso *X y X* o los autos de inadmisión de los recursos de anulación del acuerdo entre la Unión Europea y Turquía. Asimismo, hay una enorme disparidad en cuanto a la utilización del Convenio y la jurisprudencia del TEDH. Vemos sentencias mucho más cercanas a la doctrina de Estrasburgo como *Aranyosi* o *Lanigan*, mientras que *J.N.*, *Celaj* o *Delvigne* se alejan totalmente de aquélla. Según Krommendijk, estas diferencias no son nuevas, simplemente reflejan las observaciones tanto de académicos como de jueces y *référéndaires* del Tribunal sobre que no hay una práctica ni metodología uniforme respecto al tratamiento que debe darse a la jurisprudencia del TEDH<sup>1778</sup>. Esta reflexión ilustra, una vez más, la necesidad de que la Unión se adhiera al Convenio en aras de una mayor coherencia entre ambas jurisprudencias y en última instancia, una mayor seguridad jurídica y una mayor protección del individuo. De la misma forma, el hecho de que el Tribunal de Luxemburgo se comporte como un garante de derechos fundamentales *sólo*

---

<sup>1775</sup> Para un exhaustivo análisis de los diferentes enfoques en el ámbito de la prohibición de discriminación por motivos religiosos entre el TJUE en *Achbit* y *Bougnaoui* y el TEDH en *Eweida*, véanse LAWSON, R. and TOBLER, C. “The Islamic headscarf and EU employment law: an uneasy fit?” *Leiden Law Blog*, 24 de marzo de 2017, disponible en: <http://leidenlawblog.nl/articles/the-islamic-headscarf-and-eu-employment-law-an-uneasy-fit> (último acceso: 27 de marzo de 2017) y OULÁ-CHAIB, S. and DAVID, V. “European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it”, *Strasbourg Observers Blog*, 27 de marzo de 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/> (último acceso: 27 de marzo de 2017).

<sup>1776</sup> SARMIENTO, D. “EU fundamental rights as a source of integration or disintegration?” *op. cit.* p. 3.

<sup>1777</sup> Como señala O’Meara: “the post-Lisbon framework as a whole is offering mixed results for citizens and for the humaneness of EU law and policy”, O’MEARA, N. “Lisbon via Stockholm, Strasbourg and Opinion 2/13: prospects for citizen-centred protection of fundamental rights?” *op. cit.* p.101.

<sup>1778</sup> KROMMENDIJK, J. “The CJEU’s Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: *Opinion 2/13* as a Game Changer?” *op. cit.* p.15. Recuérdense, por ejemplo, las palabras de Sara Iglesias Sánchez: “This gives the impression that the “[methodological] change demanded by Lisbon” has a variable impact depending on the existence of already well-established case law, the complexity of the issue or the readiness and clarity of EU rules”, IGLESIAS SÁNCHEZ, S. “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty in the ECJ’s approach to fundamental rights” *op. cit.* p. 1604.

*a veces* también pone de manifiesto la necesidad de que la actividad de la Unión Europea esté sometida al control de un órgano jurisdiccional externo, lo cual sólo sería posible tras la adhesión, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo.

## CONCLUSIONES

- I. La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos es necesaria para acabar con la inmunidad actual de aquélla frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque, desde una perspectiva material, puede considerarse que los derechos reconocidos en el Convenio han sido incorporados al ordenamiento jurídico de la Unión a través de los principios generales, en virtud del artículo 6.3 TUE y, a través del artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, persisten lagunas que sólo pueden ser colmadas a través de una adhesión formal. En efecto, hasta que la Unión no sea parte contratante en el CEDH, el Tribunal de Estrasburgo seguirá declarándose incompetente *ratione personae* sobre los actos de la Unión. Ni el hecho de contar con una Carta de Derechos Fundamentales jurídicamente vinculante ni la vía de los principios generales del Derecho pueden superar este obstáculo procesal. Sólo a través de la vía de la adhesión, la Unión será parte en el Convenio y por ende, estará sometida al control judicial externo del Tribunal de Estrasburgo.
  
- II. Lo cierto es que el TEDH sigue conociendo de forma indirecta de asuntos que atañen al Derecho de la Unión, a través de demandas dirigidas contra los Estados miembros que sí son Partes en el Convenio, como pone de manifiesto una amplia jurisprudencia analizada en este trabajo (desde sentencias antiguas como *Matthews* o *Bosphorus* a las más recientes como *Avotins*). Este hecho da lugar a una situación injusta que afecta a todas las partes; a la Unión – por su falta de legitimación pasiva para defenderse como parte en el proceso y por su ausencia de representación en las instancias de control del Convenio – a sus Estados miembros – que se ven obligados a defender la legalidad de un acto que escapa a su control dado que ha sido adoptado por las instituciones europeas – y sobre todo, a los ciudadanos, que carecen de una vía directa para impugnar los actos de la Unión ante la Alta Jurisdicción de Estrasburgo. Es importante tener presente que, con anterioridad a la cesión del ejercicio de las competencias de los Estados miembros a la Unión, esos ámbitos eran responsabilidad de las autoridades nacionales y por tanto, podían ser supervisados, siempre en última instancia, por el TEDH. Así se produce la paradoja de que, a medida que los Estados han ido

transfiriendo atribuciones a esta organización, el Tribunal de Estrasburgo ya no tiene jurisdicción en esos ámbitos por ser competencia de la Unión Europea. Así, los particulares han perdido la posibilidad de recurrir ante el TEDH como última garantía para la defensa de sus derechos en dichos ámbitos.

- III. Asimismo, se ha confirmado que la adhesión es necesaria para lograr una mayor coherencia normativa y jurisdiccional para la salvaguardia de los derechos fundamentales en todo el continente europeo. Por un lado, constatamos que el apartado 3 del artículo 52 de la Carta no resuelve todos los problemas de coherencia entre ésta y el Convenio y persiste la incertidumbre sobre si el TJUE se encuentra vinculado por la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de aquellos derechos de la Carta correspondientes con el Convenio. Por otro lado, subsisten importantes divergencias en las jurisprudencias de sendos órganos jurisdiccionales provocando inseguridad jurídica en un tema tan sensible como los derechos humanos. Así, los jueces nacionales se ven ante la complicada tesitura de no saber qué jurisprudencia deben seguir para la interpretación de un derecho fundamental<sup>1779</sup>, con el riesgo de que su Estado miembro sea condenado bien por el TJUE, por incumplir el Derecho de la Unión, o por el TEDH, por no respetar el Convenio. Sostenemos que la adhesión transformaría la relación entre los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo de forma triple: atenuaría las divergencias entre sus jurisprudencias, fortalecería el diálogo entre ambos órganos jurisdiccionales y redefiniría (o incluso eliminaría) la doctrina de la presunción de protección equivalente “Bosphorus”.
- IV. La adhesión incrementaría la legitimidad jurídica y política de la Unión Europea en su compromiso con los derechos humanos tanto *ad intra* – frente a los propios Estados miembros -, como fuera de ellas, *ad extra* – frente a los terceros Estados. La situación actual pone de manifiesto una doble incoherencia de la Unión: no estar vinculada formalmente por el Convenio de Roma cuando sus veintiocho Estados miembros lo están y sobre todo, cuando uno de los requisitos para la

---

<sup>1779</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 19 de febrero de 2014 en el asunto *R (E.M.(Eritrea) v. Sec. of State for the Home Department* o la Sentencia del Tribunal Supremo de Suecia de 25 de febrero de 2014, 461-11 *BillerudKorsnäs Sweden Ltd. / Agencia sueca de protección del medioambiente (Naturskyddsverket)*, NJA 2014,79, disponible en <https://lagen.nu/dom/nja/2014s79> (último acceso: 3 de mayo de 2017).

adhesión de un tercer Estado a esta organización internacional es su respeto a los derechos humanos. Igualmente, la adhesión sería importante en términos de legitimidad para el propio Tribunal de Estrasburgo, ya que se consolidaría como el orden supremo en lo relativo al control externo de respeto de los derechos fundamentales no sólo de los 47 miembros actuales sino también de una organización internacional supranacional. Este reforzamiento de la legitimidad tanto de la Unión Europea como del sistema del Convenio es más necesario que nunca en el contexto convulso que vive Europa.

- V. El Dictamen 2/13 nos ha aportado valiosa información sobre la naturaleza y los límites del Derecho de la Unión, ya que profundiza en los problemas sustantivos y procedimentales de compatibilidad con el sistema del Convenio que no habían sido analizados en el Dictamen 2/94. La preservación de la especificidad de su ordenamiento jurídico, la defensa de la autonomía y la exclusividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión constituyen el leitmotiv que guía todo el Dictamen. Aunque el Tribunal de Luxemburgo defiende estos conceptos sobre lo ya construido en pronunciamientos anteriores como el Dictamen 1/91 o la sentencia Melloni, en el Dictamen 2/13 va mucho más allá, ampliándolos de forma extraordinaria. El problema que encontramos en la exacerbación de estos conceptos es que el TJUE los forja en términos negativos, defendiéndose de hipotéticas “amenazas” tanto internas, de los Estados miembros, como externas, del Tribunal de Estrasburgo.
- VI. La magnificación insólita de la especificidad y la autonomía va a tener consecuencias internas sobre el propio ordenamiento jurídico de la Unión. En primer lugar, hemos observado cómo se impone ese paradigma frente al mandato de adhesión consagrado en el artículo 6.2 TUE. En efecto, la concepción expansiva de “autonomía” utilizada por el Tribunal en el Dictamen parece ignorar que esa disposición impone a la Unión Europea la obligación de adherirse al Convenio. El Tribunal de Luxemburgo se habría encontrado entre dos mandatos: por un lado, la obligación de adhesión establecida en la primera frase del artículo 6.2 TUE y por otro lado, las tres limitaciones recogidas en la segunda frase del artículo 6.2 TUE, la Declaración nº 2 y el Protocolo nº 8. En el Dictamen, el TJUE ha otorgado preponderancia a estas últimas ignorando el primer mandato. La gran

diferencia del Dictamen con los anteriores casos en los que el TJUE tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad de determinados acuerdos con el Derecho de la Unión y emitió una respuesta negativa (Dictámenes 1/76, 1/91, 2/94, 1/09) es que en estos asuntos no había una obligación de Derecho Primario de adherirse a aquellos.

- VII. Además, hemos constatado cómo esa concepción de autonomía también se impone frente a los propios valores en los que se fundamenta la Unión Europea, como el respeto de los derechos humanos o el Estado de Derecho, recogidos en el artículo 2 TUE. El Tribunal obvia el hecho de que la protección de los derechos humanos forma parte de ese “marco constitucional” que tanto defiende. Es llamativo que, a pesar de que ninguna disposición de los Tratados recoge ni la autonomía ni la primacía ni la confianza mutua – concepto que es expandido como nunca en el Dictamen y es elevado a la categoría de “principio constitucional” – estas nociones son encumbradas a una categoría absoluta y superior a la de los valores. Así, el Tribunal estaría ignorando la función clave del sistema europeo de protección de derechos humanos que consiste, precisamente, en que ningún ordenamiento jurídico en Europa se sienta “autónomo” respecto a las obligaciones de derechos fundamentales.
- VIII. El Dictamen 2/13 también va a tener importantísimas implicaciones para la relación del Derecho de la Unión con el Derecho Internacional Público. El TJUE sostiene un exacerbado concepto de autonomía, que lo conduce más al aislamiento que a la interacción e integración en el orden internacional. Si miramos hacia el pasado, apreciamos una gran diferencia con la emblemática sentencia *Kadi*; este pronunciamiento dio como resultado un incremento de la protección de los derechos humanos, mientras que el Dictamen ha ido en la dirección opuesta. Si miramos hacia el futuro, esta decisión va a tener significativas consecuencias en la acción exterior de la Unión, ya que marca unos límites mucho más estrictos que los establecidos en pronunciamientos anteriores para la participación de la Unión en acuerdos exteriores y tribunales internacionales.
- IX. El Dictamen 2/13 constituye una decisión legal con un enfoque eminentemente político, en la que el Tribunal manifiesta abiertamente una actitud defensiva.

Hemos observado que tras las diez objeciones que plantea el TJUE subyace su miedo a perder su papel de “juez último” – situación que, por otra parte, han debido aceptar todos los tribunales supremos y constitucionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, porque, precisamente, en ese escrutinio externo reside la clave del control de convencionalidad - Asimismo, tras la lectura en profundidad tanto del Dictamen 2/13 como de las conclusiones de la Abogada General Kokott en este procedimiento, constatamos las grandes diferencias entre ambos documentos no sólo en la conclusión alcanzada sino también en el enfoque. La Abogada General señala ciertos aspectos del borrador de acuerdo de adhesión que deben ser modificados, pero también sugiere propuestas para solventar la colisión entre aquél y el ordenamiento jurídico de la Unión.

- X. Ante la decisión negativa del Tribunal, el proyecto de adhesión se complica considerablemente. De conformidad con el artículo 218 TFUE, existen dos alternativas para lograrla: la reforma del acuerdo o una revisión de los Tratados. Pese a que ninguna de las dos opciones constituye una vía fácil, los (escasos) documentos del Consejo publicados tras el Dictamen apuntan en la dirección de una modificación del proyecto de acuerdo de adhesión. A la ardua situación jurídica, se le suma la falta de prioridad política que las instituciones europeas están otorgando a la adhesión tras el Dictamen, pese a las reiteradas declaraciones de aquellas reiterando su compromiso con este proyecto. En este trabajo, hemos realizado una serie de propuestas para acomodar las objeciones expresadas por el Tribunal en el Dictamen 2/13. Consideramos que las más aceptables son las relativas al mecanismo del codemandado y al procedimiento de intervención previa (las objeciones 5, 6, 7, 8 y 9). Por el contrario, las cuatro primeras objeciones exigirían externalizar cuestiones puramente internas de la Unión, lo cual constituiría una injustificada excepcionalidad para ésta. Así, se rompería la idea de que aquélla se adhiere en “pie de igualdad” con el resto de partes contratantes y se provocaría un serio quebranto del sistema del Convenio. Además, es difícilmente asumible que los diecinueve Estados del Consejo de Europa no miembros de la Unión – y particularmente, Rusia o Turquía - acepten un acuerdo que privilegie claramente a esta organización en materias tan fundamentales. Por ello, sostenemos que esas objeciones deberían ser solucionadas internamente por la Unión Europea y que no deberían ser trasladadas

(injustamente) al sistema del CEDH a través de un nuevo acuerdo de adhesión. Por último, la objeción relativa a la PESC es la que mayores complicaciones plantea. La exención general de la competencia del TEDH sobre este ámbito es inviable porque supondría una reserva de carácter general, prohibida por el artículo 57 del Convenio. Así, la única vía posible – aunque poco factible desde el punto de vista político - es la revisión de los Tratados para atribuir competencia al TJUE sobre todos los actos adoptados en el ámbito de la PESC. Tanto las cuatro primeras objeciones del Tribunal como la última son tan difícilmente asumibles que han llevado a varios autores, como Steve Peers o Tobias Lock, tradicionalmente férreos defensores de la adhesión, a plantearse si ésta es deseable en los términos exigidos por el TJUE. A pesar de estas dudas más que comprensibles, sostenemos que la adhesión sigue siendo necesaria por todas las razones explicadas en este trabajo, que el Dictamen no hace sino reforzar aún más.

- XI. Por otro lado, hemos analizado el impacto que ha producido el Dictamen 2/13 sobre los tres vértices del triángulo judicial europeo - conformado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las jurisdicciones nacionales supremas y constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -. El Tribunal de Estrasburgo ha continuado la tendencia jurisprudencial de realizar constantes referencias a la Carta y de forma aún más importante, ha mantenido la célebre presunción Bosphorus en el asunto *Avotins*. Así ha evitado la confrontación directa entre ambas jurisdicciones. No obstante, el TEDH ha dado un importantísimo aviso en ese pronunciamiento a la Unión: la aplicación mecánica de la confianza mutua puede dar lugar a una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos fundamentales recogidos en el Convenio. *Avotins* demuestra, una vez más, que incluso sin la adhesión, el Tribunal de Estrasburgo se ve obligado a analizar de forma indirecta el Derecho de la Unión. Por esta razón, la adhesión de la Unión al CEDH habría sido más beneficiosa para salvaguardar la autonomía del Derecho de la Unión que la situación actual. En efecto, sería más favorable para ésta tener a su alcance mecanismos como el codemandado o la intervención previa que le permitirían explicar el funcionamiento de su ordenamiento jurídico ante el TEDH. Se demuestra que la pretendida dicotomía “adhesión o autonomía” no es cierta, sino que la adhesión contribuiría, precisamente, a salvaguardar la autonomía del Derecho de la Unión.



- XII. En lo que respecta a los tribunales supremos y constitucionales de los Estados miembros, el Dictamen 2/13 ha afectado al delicado equilibrio en torno a la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión por parte de estos. Aunque es cierto que tan sólo han transcurrido unos años desde la publicación del Dictamen 2/13, ya se perciben ciertas reacciones nacionales de indudable trascendencia como la del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia conocida como “Solange III”, la del Tribunal Supremo danés en el caso Ajos o la del Tribunal Constitucional italiano en Taricco. Estos pronunciamientos traslucen una falta de confianza en el Tribunal de Justicia de la Unión, equiparable a la que éste ha mostrado hacia los Estados miembros en el Dictamen 2/13. Esta tensión entre el Tribunal de Luxemburgo y las jurisdicciones nacionales puede tener su parte positiva, como ya sucediera en el pasado, con la mítica saga de sentencias Solange. En efecto, siempre que actúen guiados por un espíritu de cooperación y lealtad mutua, los tribunales de los Estados miembros pueden jugar un papel importante como acicate para que el TJUE incremente la intensidad de la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión.
- XIII. El propio autor del Dictamen 2/13, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, también ha sentido el impacto de aquél. Tras el análisis de la jurisprudencia reciente de este Tribunal, observamos que el Dictamen ha reforzado y profundizado el proceso de “autonomización” que había iniciado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009. Tras las duras críticas recibidas por el Dictamen, el TJUE ha iniciado una línea jurisprudencial más garantista, particularmente en dos áreas dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: la orden de detención europea (con la sentencia Aranyosi como paradigma) y el asilo (con exponentes tan importantes como las sentencias Ghezelbash o C.K.). Las dos líneas de jurisprudencia en materia de asilo y de orden de detención europea han confluído al enfatizar la necesidad de verificar el riesgo individual que puede sufrir la persona. Esta tendencia jurisprudencial introduce un cambio crucial porque, en lugar de continuar una tensión dialéctica entre el principio de confianza mutua y la protección individualizada de los derechos - como sucedía en el Dictamen 2/13 o en Melloni -, Luxemburgo reconoce la necesaria interdependencia de estos imperativos. En este sentido, el TJUE ha avanzado

hacia una mayor convergencia con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y con los tribunales nacionales y se ha producido un alejamiento de su propio enfoque en el Dictamen 2/13.

- XIV. Sin embargo, persiste un problema: esta tendencia garantista del TJUE no es uniforme. Se evidencia que nada tiene que ver su enfoque proteccionista en lo relativo con el derecho a la privacidad en sentencias tan importantes como *Google Spain* o *Schrems* – que incluso va más allá de la defensa otorgada por el Tribunal de Estrasburgo y las jurisdicciones nacionales - con su aproximación a otros derechos fundamentales, como demuestran los casos *Celaj*, *Delvigne* o *X y X*. Asimismo, comprobamos la enorme disparidad que existe en la jurisprudencia del TJUE entre unos casos y otros en cuanto a la utilización del Convenio y la jurisprudencia del TEDH. En efecto, se constata que no hay una práctica ni una metodología uniforme respecto al tratamiento que debe darse a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esta falta de consistencia en la protección de los derechos fundamentales pone de manifiesto la necesidad de que la UE sea adhiere al CECH en aras de una mayor seguridad jurídica y en última instancia, una mayor protección del individuo, que es el fin primordial de la integración de la Unión en el sistema del Convenio.
- XV. Hasta que la adhesión finalmente se produzca, el Tribunal de Justicia de la Unión se seguirá viendo confrontado con asuntos que afectan a los derechos fundamentales. En este período, será vital la cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Unión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales nacionales con el fin de que la tutela multinivel de los derechos fundamentales sea lo más efectiva posible. Será trascendental que, cuando esté en juego la aplicación de derechos de la Carta correspondientes con los del Convenio, el Tribunal de Luxemburgo tenga en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en ese ámbito. En un momento tan crucial para la Unión Europea, en el que su legitimidad – y hasta su propia existencia - está en entredicho, su órgano judicial deberá tomarse muy en serio su deber de salvaguarda de los valores que fundamentan esta organización internacional. No olvidemos que el respeto de los derechos humanos se encuentra entre ellos.

## CONCLUSIONS

- I. The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights is necessary in order to end with its current immunity before the European Court of Human Rights. Although, from a substantive perspective, it could be considered that the rights enshrined in the Convention are already incorporated in the EU legal order by means of article 6.3 TEU and article 52.3 of the Charter, some gaps continue to exist and they can only be overcome through a formal accession procedure. Indeed, not until the Union is a party to the ECHR, the Court of Strasbourg will continue declaring itself incompetent *ratione personae* over EU acts. Neither the fact of having a legally binding Charter of fundamental rights nor the general principles of EU law can surmount this procedural obstacle. Only by way of a formal accession, the Union will become party to the Convention and consequently, it will be subject to the external judicial control of the Court of Strasbourg.
- II. Nevertheless, the ECtHR continues to hear indirectly matters where EU law is involved through applications against States Parties to the Convention, as evidenced by the case law analysed in this work (from old judgments such as *Matthews* or *Bosphorus* to the more recent ones such as *Avotins*). This fact leads to an unfair situation affecting all the parties involved; the European Union –who lacks standing and participation in the control bodies of the Convention –, its Member States – who see themselves obliged to defend the legality of an act they have not created – and, above all, citizens, who are deprived of a direct action to challenge EU acts before the Strasbourg Court. It is important to bear in mind that before the Member States transferred the exercise of certain powers to the EU, those areas were under national jurisdiction and therefore could be supervised by the ECtHR. A paradox is revealed: once those powers have been transferred to the European Union, the Court of Strasbourg does not have jurisdiction anymore over those fields. As a consequence, individuals have lost the possibility of going to the ECtHR as a last resort for protecting their rights in those areas.

- III. Furthermore, it has been evidenced in this work that accession is necessary in order to achieve more substantive and jurisdictional coherence for the protection of human rights in the European continent. On one hand, we ascertain that paragraph 3 of article 52 of the Charter does not solve all the consistency problems between the former and the Convention, as there remains uncertainty about whether the CJEU is bound to the ECtHR case law. On the other hand, there are still significant divergences in the case law of both Courts, leading to a lack of legal certainty in such a sensitive topic as human rights. Indeed, national judges see themselves in a difficult situation, as they do not know what Court they have to follow for cases where human rights are at stake<sup>1780</sup>. Thus, they risk that its State is condemned either for not complying with EU law, or either by the ECtHR for not respecting the Convention. We hold that accession would transform the relationship between the Luxembourg Court and the Strasbourg Court in a threefold way: It would mitigate differences in the case law of both judicial bodies, it would strengthen the dialogue between both courts and it would transform (or even end with) the doctrine of Bosphorus presumption.
- IV. Likewise, the accession would increase the legal and political legitimacy of the European Union both ad intra – towards its Member States – and ad extra – towards third parties -. The current situation brings to light a double incoherence of the EU; on one hand, it is not formally bound to the Convention while its 28 Member States are, and, on the other hand, it requires third States to respect human rights to be a Member of the EU. By the same token, accession would be important for the Court of Strasbourg, as it would consolidate its role as the guardian of the respect of human rights not only in the current 47 States Parties but also as regards a international supranational organization. This strengthening of the legitimacy both of the Union and of the Convention system is all the more necessary taking into account the turbulent times Europe is going through.

---

<sup>1780</sup> For instance, the judgment of the Supreme Court of United Kingdom of 19 February 2014 in case *R (E.M. (Eritrea) v. Sec. of State for the Home Department* or the judgment of the Supreme Court of Sweden of 25 February 2014, 461-11 *BillerudKorsnäs Sweden Ltd. / Agencia sueca de protección del medioambiente (Naturskyddsverket)*, NJA 2014,79, available at: <https://lagen.nu/dom/nja/2014s79> (last access: 3 May 2017).

- V. Opinion 2/13 has provided valuable information about the nature and limits of European Union Law, as it delves into substantive and procedural problems of compatibility with the Convention system that had not been tackled in Opinion 2/94. The safeguard of the special characteristics of EU law, the autonomy and the exclusive jurisdiction of the Court constitute the leitmotiv that inspires the whole decision. Although the Court of Luxembourg defends these concepts on old grounds laid down in Opinion 1/91 or Melloni, the Court goes far beyond these judgments, widening those notions as never before.
- VI. This extraordinary magnification of the special characteristics of EU law and the autonomy will have consequences over the European legal order. Firstly, we have looked at how that paradigm imposes itself over the accession mandate enshrined in article 6.2 TEU. Indeed, the expanding notion of “autonomy” used by the Court in this Opinion seems to ignore the fact that this provision lays down an obligation for the EU to adhere to the Convention. The Court of Luxembourg would have been faced to two mandates: on one hand, the obligation to accede, by virtue of the first sentence of article 6.2 TEU and on the other hand, the three limitations laid down in the second sentence of article 6.2 TEU, Declaration n° 2 and Protocol n° 8. In this Opinion, the CJEU has privileged the latter, ignoring the former. It has to be noted that there is an important difference with the previous cases where the Court has to pronounce on the compatibility of certain agreements with EU law and gave a negative answer (such as Opinion 1/76, 1/91, 2/94, 1/09); in those cases there was not an accession mandate enshrined in the Treaties.
- VII. In addition, we have analysed how that notion of autonomy also imposes itself over the own values of the European Union, such as the rule of law or the respect of human rights, as provided by article 2 TEU. The Court seems to ignore the fact that the protection of fundamental rights is part of that “constitutional frame” which says to safeguard in the Opinion. It is striking that, even there is not any provision in the Treaties regarding autonomy, primacy or mutual trust – these principles are raised to a higher status than the own values. Hence, the Court would ignore the key function of the European system of protection of human rights that is, precisely, to avoid any legal order to feel “autonomous” from the obligation to respect human rights.

- VIII. Opinion 2/13 will also have significant consequences for the relationship of EU law with Public International Law. The compounded notion of autonomy leads the European legal order to isolation instead of interaction with the international order. If we look to the past, we see a difference with landmark case *Kadi*: while this judgment resulted in an increase of human rights protection, Opinion 2/13 went opposite direction. If we look at the future, this decision will have important implications for the Union external action, as it lays down tougher requirements than the ones set in previous decisions concerning the participation of the Union in agreements with third parties and international courts.
- IX. Opinion 2/13 is a legal decision with a policy-driven approach, where the Court shows a defensive attitude. It reveals that what underlies the ten objections raised by the Court is its fear to lose its role as “last guardian”. However, the Court should be aware that this situation is the one that has had to be accepted by any supreme and constitutional court of all the State Parties in the Convention, as that external scrutiny is, precisely, the key for the conventionality control. Besides, we have ascertained the huge differences between the approach and the conclusions of Advocate General Kokott in her View to this proceeding. She points out at several parts of the draft accession agreement that need to be changed, but she also suggests proposals for overcoming the collision with the European Union legal order.
- X. After the negative decision of the Court, the road to accession is a very uncertain one. According to article 218 TFEU, there are two ways: either amending the Treaties or modifying the draft accession agreement. Although none of them is an easy task, the few documents of the Council published after Opinion 2/13 point at a modification of the agreement. To this difficult legal situation, it should be added the lack of political priority that the European institutions are affording to accession after Opinion 2/13, despite the repeated declarations stating the compromise with this project. Throughout this work, we have put forward several proposals in order to accommodate the objections raised by the Court in Opinion 2/13. We consider that the most acceptable ones are those regarding the co responding mechanism and the prior involvement mechanism (objections n° 5, 6, 7, 8 and 9). By contrast, the four first objections would require externalizing

purely internal issued of the European Union, which would constitute an unfair exceptional status for the latter. Moreover, the premise that the EU would be acceding on an equal footing to the other parties would be broken, and it would cause a serious disrupt in the Convention system. Besides, it is difficult that the nineteen Parties to the ECHR which are not members of the EU – more particularly Russia or Turkey – will accept an agreement that gives a preferential treatment to the Union in such sensitive matters. That is why we conclude that those obstacles should be overcome internally and should not be unfairly transferred to the Convention system by means of the accession agreement. Finally, the objection that concerns the CFSP is the most difficult one to solve. The blanket exemption proposed by the Court is not possible in the light of the Convention, as its article 57 does not allow reservations of a general character. Thus, the only possible way – although hardly achievable from a political point of view – is amending the Treaties so as to confer powers to the CJEU over the CFSP. The first four objections and the last one are so difficult to accomodate that they have even lead some authors, such as Steve Peers or Tobias Lock to wonder whether accession is desirable anymore. Despite these considerations, we hold that accession is all the more necessary for the reasons explained in this work, and the Opinion makes no other than reinforcing this position.

- XI. On another note, we have analysed the impact of the Opinion 2/13 over the European Court of Human Rights, the national courts and the Court of Justice of the European Union. The Court of Strasbourg has continued its jurisprudential trend of making reference to the Charter, and even more compellingly, it has maintained the famous Bosphorus presumption in *Avotins*. It has therefore avoided an open warfare between both judicial bodies. However, the ECtHR has warned the Court of Luxembourg that the automatic application of the EU mutual trust mechanisms could result in a violation of the Convention. *Avotins* shows, once again, that, even without the accession, the Strasbourg Court sees itself obliged to analyse EU law in an indirect way. That is why the accession of the Union to the ECHR would have been much more advantageous in order to safeguard the autonomy of EU law than the current situation. Indeed, it would be better for the Union to have procedural devices such as the co responding mechanism or the prior involvement mechanism that would allow it to defend its

legal order before the ECtHR. Hence, it is evidenced that the intended dichotomy between “accession or autonomy” is not true. On the contrary, accession would help to safeguard the autonomy of EU law.

- XII. Opinion 2/13 has also had an impact on the delicate balance on the acceptance of EU law primacy by national supreme and constitutional courts. Although only some years have passed since the publication of Opinion 2/13, some reactions can already be seen, such as the decision of the German Constitutional Court known as “*Solange III*”, the judgment of the Danish Supreme Court in the *Ajos* case or the ruling of the Italian Constitutional Court in *Taricco*. These judgments evidence a lack of trust in the CJEU, tantamount to the one shown by the latter towards the Member States in Opinion 2/13. This conflict between the Luxembourg Court and the national courts may have a silver lining, as it happened with the *Solange* saga. Indeed, as long as they act guided by cooperation and loyalty, national judges may play an important role as a spur for the CJEU so that it increases the intensity of human rights protection in the European Union.
- XIII. The own author of Opinion 2/13, the Luxembourg Court, has also felt the effects of this decision. After analysing the recent case law of this Court, we have determined that it has deepened the “Charter centrism” that was initiated after the entry into force of the Treaty of Lisbon. However, the fierce criticism that has targeted Opinion 2/13 has resulted in a more protective jurisprudential trend, particularly in two areas: the European arrest warrant (for instance, the *Aranyosi* judgment) and asylum (*Ghezelbash* o *C.K.*). The two trends in both fields have converged in emphasizing the need to verify the individual risk of the person involved. This jurisprudential movement has marked a turning point as Luxembourg started to reckon the interrelation of the principle of mutual trust and the individualized protection of human rights instead of envisaging them in a dialectic tension, as happened in *Melloni* or Opinion 2/13. In this vein, the CJEU has moved forward to a closer position to the case law of the ECtHR and of the national courts, while at the same time, it has moved away from its own approach in Opinion 2/13.



- XIV. Nevertheless, a problem persists: this protective trend of the CJEU is not uniform. It becomes evident that there is a huge difference between the approach followed in judgments dealing with the right to privacy such as *Google Spain* or *Schrems* and the approach in cases concerning other fundamental rights such as *Celaj*, *Delvigne* or *X and X*. Furthermore, we have ascertained the large gap existing in the CJEU case law as regards the references to the Convention and the Strasbourg case law. Indeed, it brings to light that there is not any uniform methodology concerning the treatment to be afforded to the case law of the ECtHR. This lack of consistency in human rights protection highlights the need for the European Union to adhere to the Convention for the sake of more legal certainty and ultimately, a better safeguard of individual rights. This is, at the end of the day, the primary purpose of accession.
- XV. Until the accession of the Union to the Convention takes place, there is no doubt that the CJEU will have to hear cases involving human rights. In the meantime (and beyond accession), cooperation among the Luxembourg Court, the Strasbourg Court and national bodies will be essential for an effective multilevel fundamental rights protection. Therefore, whenever rights enshrined in the Charter corresponding to the ones of the Convention are at stake, it will be crucial that the CJEU pays attention to the ECtHR case law. In such difficult times for the European Union, when its legitimacy and even its own existence is at risk, it is paramount that its judicial body takes seriously the values that lie at the heart of the Union. We should not forget that respect for human rights is one of them.

## ABSTRACT

The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (hereinafter “the Convention” or the “ECHR”) is to be considered as one of the major European legal projects. Certainly, the accession entails complex substantive and procedural questions as regards the interplay between two international organizations – the European Union and the Council of Europe –, two catalogues of human rights – the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Convention – and, even more compellingly, two international courts – the Court of Justice of the European Union (henceforth “CJEU”) and the European Court of Human Rights (hereinafter, “ECtHR”) – . Thus, this subject is a challenging topic as it encompasses fascinating legal issues both from the perspective of European Union Law and Public International Law. Indeed, the integration of the Union in the Convention system would constitute an unprecedented step in History, as it would be the very first time that an international organization (the EU) adhered to a Convention adopted in the heart of another organization (the Council of Europe), submitting itself to its judicial control mechanism (the Strasbourg Court).

In this thesis, we firstly analyse the historical background of the project of accession. It should be borne in mind that, at the very beginning of the European Communities, the Treaties remained silent regarding the protection of fundamental rights. In 1976, the European Commission issued an important report named “The protection of fundamental rights as Community law is created and developed” where it opposed the idea of the accession. Nonetheless, three years after, in the Memorandum of 1979, the Commission changed completely its position and expressed the necessity for the Communities to be bound to the ECHR. This document is widely considered as the first official step towards the accession. Meanwhile, the European Parliament also issued significant documents concerning the human rights protection, such as the one of 27 April 1979, the resolution 29 October 1982 embodying the opinion of the European Parliament on the memorandum of 1979 of the Commission, or the well-known “Spinelli Project” of February 1984. In this chapter, we also make reference to the discussions that took place in the decades of the 70s and 80s concerning the possibility of applying the “succession theory” to the case of the European Communities and the Convention, whereby the former would be already

bound to the latter without a formal accession process. After analysing the requirements stated by the Court of Justice of the European Union in the landmark case *International Fruit Company* for the application of this doctrine, and after reviewing the literature on the issue, we conclude that it is not appropriate for the case of the Convention. Hence, the European Union is not still formally bound by the ECHR until it goes through a formal accession procedure.

It was not until 1990 when the European Commission issued a milestone Communication requesting the Council the authorization to negotiate the details of the accession. The former decided to ask the Court of Justice of the European Union to pronounce itself on the compatibility of that project with the founding Treaties. The judges of Luxembourg answered in the famous Opinion 2/94 stating that, as the Treaty stood at that time, the European Community did not have competence to accede to the Convention. Two decades afterwards, the Treaty of Lisbon – signed in 2007 and entered into force in 2009 - not only did provide the necessary legal basis for the accession but laid down the obligation of the European Union to do so. On the side of the Council of Europe, the possibility for the EU to adhere to the ECHR was granted by Protocol No. 14 to the ECHR, which amended the Convention accordingly. When finally a draft agreement was reached in April 2013, the Court of Justice was asked again to pronounce itself on whether the foreseen accession was compatible or not with the Treaties. The Court delivered its Opinion 2/13 declaring the incompatibility of the agreement with European Union Law and therefore putting the project of the integration of the European Union in the Convention system at a historical crossroads.

In the second chapter of this work, we study why the accession of the EU to the ECHR is necessary, despite having already a legally binding Charter (article 6.1 TEU) and fundamental rights being protected by means of the general principles (article 6.3 TEU). We put forward three main arguments and we assert that these legal loopholes cannot be overcome without accession. The first point regards the necessary external judicial control over the European Union on human rights issues. We explain that the European Court of Human Rights lacks jurisdiction *ratione personae* as the EU is not a party to the

European Convention on Human Rights. Nevertheless, the ECtHR has been confronted to European Union law several cases, among which the most emblematic ones are studied here. We divide them in four categories: (i) cases involving EU primary law, such as *Matthews* (ii) cases involving EU secondary law not intervening the Member States at all, such as *Connolly* or *Senator Lines* (iii) cases involving EU secondary law where Member States intervene but do not have any margin of manoeuvre, such as *M & Co* and *Bosphorus* (iv) cases involving EU secondary law where Member States intervene and do have a margin of manoeuvre, such as *Procola*, *Cantoni* or *Michaud*. We hold that this kind of indirect and incomplete external judicial control is unfair from every point of view: for the EU institutions (who cannot defend themselves before the ECtHR) for the Member States (who are declared responsible of acts originated in the EU) and above all, for the citizens, who cannot challenge EU acts directly before the Court.

The second argument put forward in favour of accession regards the necessity of strengthening both the normative coherence (between the Charter and the Convention) and the jurisdictional coherence (between the ECtHR and the CJEU). We analyse the *status quo* and conclude that the current legal framework does not provide consistency and legal certainty. Indeed, article 52.3 of the Charter does not solve all the problems regarding the interpretation of corresponding rights in the Convention, as it is not clear whether the CJEU is bound by the case law of the ECtHR. We hold that the accession would change the relationship between the two Courts in a threefold way: (i) it would diminish the differences existing in the case law of the two judicial organs (ii) it would strengthen the dialogue between Strasbourg and Luxembourg and (iii) it would transform or even make the *Bosphorus* presumption disappear. Thirdly, we allege that the accession of the European Union to the ECHR is necessary for bolstering the legitimacy of the Union both *ad intra* – regarding the Member States – and *ad extra* – concerning the external relations of the EU-. By contrast, the current situation is incoherent with the *theoretical* position of the European Union as a strong human rights defender in the world.

The Second Part of this work is devoted to the analysis of Opinion 2/13 and its consequences. The European Commission asked the Court of Justice of the European

Union to deliver an Opinion on whether the draft agreement on accession reached in April 2013 was compatible with the Treaties or not, pursuant to Article 218.11 of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter “TFEU”). The Court gave a negative answer in the controversial Opinion 2/13, published on the 18<sup>th</sup> December of 2014. This decision has proven as a keystone for the analysis of the legal problems that the accession entails. We divide the analysis of the Opinion into Chapter III and Chapter IV.

Chapter III deals with the (alleged) incompatibility of the draft accession agreement with the special nature and autonomy of EU law. In this regard, the Court found fault in three points. The first one concerns the lack of coordination between Article 53 ECHR and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as interpreted by the CJEU – referring expressly to the landmark ruling in *Melloni*. This objection is striking as we consider that it is not a problem raised by the draft accession agreement itself. Secondly, the Court considered that in so far as the Convention would require one Member State to check whether another Member State has observed human rights, the accession would be liable to upset the underlying balance of the EU (specially the principle of mutual trust) and undermine the autonomy of EU law. This objection is deeply rooted in the so called “Dublin cases” dealing with the right to asylum, where there are important divergences between the approach taken by the CJEU and the position of the ECtHR. Thirdly, the Court was concerned because the Draft Accession Agreement did not contain any provision regarding the relationship between the advisory mechanism established by Protocol No. 16 to the ECHR and the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU and therefore, the latter could be circumvented by supreme national courts. We hold that this objection is rather artificial for several reasons. First and foremost, the EU would not adhere to this Protocol. Secondly, before the accession, the EU is already bound in the interpretation of the rights of the Charter corresponding to the ones enshrined to the Convention by means of article 52.3 of the Charter. The opinions of the ECtHR would only establish the minimum threshold to be afforded in a certain right and would not preclude the Luxembourg Court to give higher protection.

In Chapter IV, we delve into the clash of the draft accession agreement with the exclusive jurisdiction of the CJEU. In this vein, the first field of distress is related to the conflict of a provision of the EU treaties and a provision of the Convention: on one hand, Article 344 TFEU<sup>1781</sup>, which lays down the exclusive jurisdiction of Court for the interpretation and application of the Treaties, and on the other hand, Article 33 of the Convention that concerns inter-state disputes<sup>1782</sup>. The Court feared that the mere possibility of any EU Member State initiating a proceeding against another Member State of the Union before the Court of Strasbourg could affect Article 344 TFEU. We analyse the relation between the arguments put forward by the Court in this part of the Opinion and the seminal case *Mox Plant*, which also concerned the same provision of the TFEU. Nevertheless, we ascertain that the approach followed by the CJEU in that landmark case is different to the one taken in the Opinion. We note that the latter could have implications not only for future international agreements but also for existing ones that already bind the EU.

Secondly, we tackle a bedrock of the Draft Accession Agreement: the co-respondent mechanism. The Court raised three objections in this regard. Firstly, it has to be noted that this mechanism provides that a Contracting Party may become a co-respondent either by accepting an invitation from the Strasbourg Court or by decision of the latter upon the request of that Contracting Party. The judges of Luxembourg hold that such a review would require the ECtHR to assess the rules of EU law governing the division of powers between the Union and its Member States and consequently, it would risk adversely affecting it. On one hand, the CJEU feared that this provision would entail that a Member State may be held responsible, together with the EU, for not respecting a provision of the Convention to which that particular Member State had made a reservation. On the other hand, the Court was concerned because Article 3(7) of the Draft Accession Agreement allows the Court of Strasbourg to declare that only either the Union or the Member State should be held responsible for that violation. The Court acknowledged that such a decision would also interfere with the internal division of competences in the European Union. For all these considerations, the Court concluded that the arrangements for the co-

---

<sup>1781</sup> Article 344 TFEU: “Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”.

<sup>1782</sup> Article 33 of the Convention: “Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party”.

respondent mechanism laid down by the envisaged Draft Accession Agreement did not ensure that the specific characteristics of EU law were preserved.

The third part of this Chapter regards the prior involvement mechanism, provided by article 3(6) of the Draft Accession Agreement. By virtue of this provision, the CJEU is allowed to pronounce itself over an issue of EU law at stake before the Strasbourg Court in case the former had not have the chance to give a judgment on it. The CJEU found fault in two elements. The first relates to the triggering of this procedure, as according to the Draft Accession Agreement it would be upon the Court of Strasbourg to decide whether the Luxembourg Court has already pronounced itself on this issue before or not. According to the CJEU, allowing the Strasbourg Court to rule on such a question would be tantamount to conferring on it jurisdiction to interpret the jurisprudence of the CJEU. The second objection relates to the substantive scope of the prior involvement mechanism. In this vein, the CJEU considers that the Draft Agreement does not allow it to pronounce itself on the “interpretation of secondary law” in this procedure. The Court therefore found that the arrangements for the prior involvement procedure were not compatible with the specific characteristics of EU law and the autonomy. Lastly, the Court of Justice declared to be concerned on the thorny issue of the EU’s Common Foreign and Security Policy (“CFSP”). We briefly explain the legal situation in this field, where the Luxembourg Court generally lacks jurisdiction, with some exceptions. Due to this legal shortcomings, the CJEU considered that empowering the Court of Strasbourg to rule on the compatibility of the measures adopted in the CFSP field with the Convention was not acceptable as it would not respect the specific characteristics of EU law. In the light of all the foregoing, the Court declared that the Draft Accession Agreement was not compatible with EU law.

In Chapter V our inquiry focuses on the consequences of Opinion 2/13 for the protection of human rights in Europe. This analysis is divided in two main parts. On one hand, we reflect over the content of Opinion 2/13 and the position of the Court defending the EU legal order at any cost. We study the “constitutional” rhetoric used by the Court and the magnification of the concept of autonomy in this decision. Indeed, the Court has

privileged this notion over the mandate of accession enshrined in article 6.2 TEU and over the protection of the individual. This will have important implications for EU law itself and its relation with International Law. Furthermore, we hold that the uncompromising position of the Court hides its fear towards the involvement of the Court of Strasbourg as “last arbiter” of human rights in Europe. In this vein, we allege that jealousy underlie (most of) the arguments put forward of the Court.

The second part of this Chapter tackles the direct and indirect consequences of the Opinion. Concerning the former, this judicial decision leads the project of accession of the EU to the ECHR to a quagmire. According to article 218.11, there are only two ways for overcoming this difficult halt; either amending the Treaties or either modifying the draft accession agreement. Both of them are wrought with legal and political problems. As regards the revision of the Treaties, it would be necessary to eliminate or modify those provisions which collide with the Draft Accession Agreement. It is trite to say that this would not only be a complicated procedure from a legal perspective, but also, and mainly, from a political point of view. Likewise, modifying the agreement to address every single concern raised by the Court in Opinion 2/13 is beset by difficulties. Firstly, bearing in mind that the accession process should not affect the specific characteristics and the autonomy of EU law, it is equally true that it should not jeopardize the Convention system, and ultimately, the protection of human rights. Precisely, several objections raised by the CJEU such as precluding the Court of Strasbourg from reviewing the compatibility of the action of the EU in the CFSP field with the Convention are at odds with the latter. By the same token, it has to be taken into account that a new Draft Accession Agreement needs not only the consent of the EU Member States, but also the other 19 State Parties in the Convention. Therefore, it is hard to believe that they will accept the privileged treatment that the Court asked for the European Union in Opinion 2/13. Despite these drawbacks, the modification of the agreement seems to be the most likely option in the light of the recent reaction of the European institutions after the controversial decision. In this thesis, we make several proposals of how the draft accession agreement could be modified in order to meet the Court’s objections. We consider that the most acceptable ones are those regarding the co responding mechanism and the prior involvement mechanism (objections n° 5, 6, 7, 8 and 9). By contrast, the four first objections would require externalizing purely internal issued of the European



Union, which would constitute an unfair exceptional status for the latter. Finally, the objection that concerns the CFSP is the most difficult one to solve. The blanket exemption proposed by the Court is not possible in the light of the Convention, as its article 57 does not allow reservations of a general character. Thus, the only possible way – even hardly achievable from a political point of view – is amending the Treaties so as to confer powers to the CJEU over the CFSP.

Finally, we analyse the indirect consequences of this decision over the other judicial authorities dealing with human rights issues in Europe, namely, the ECtHR and the national courts. We study the reaction of the Court of Strasbourg, whose President at that time expressly stated the disappointment felt on reading Opinion 2/13. Nevertheless, an analysis of the case law of the ECtHR after December 2014 reveals that this Court has not opted for a direct conflict with the Court of Luxembourg, as it was feared. It applied the “*Bosphorus*” presumption in the *Avotins* case, although it warned the Court of Luxembourg that the automatic application of the EU mutual trust mechanisms could result in a violation of the Convention. Opinion 2/13 also had an impact on national judges. In this vein, several decisions are studied such as the one of the German Constitutional Court known as “*Solange III*”, the judgment of the Danish Supreme Court in the *Ajos* case or the ruling of the Italian Constitutional Court in *Taricco*. Lastly, Opinion 2/13 had influence over the own case law of its author: the Court of Justice of the European Union. The judges of Luxembourg started a more protective jurisprudential trend in some areas such as asylum and the European arrest warrant, with *C.K.* and *Aranyosi* as paradigm. Nevertheless, it has to be noted that this trend is not uniform, and there are other cases such as *X and X* where the Court seems to have step back in the protection of fundamental rights. The CJEU continued the “Charter centrism” initiated after the entry into force of the Treaty of Lisbon, although in other cases seems to pay more attention to the case law of Strasbourg. This lack of consistency in human rights protection cases illustrates, again, the need of the accession of the EU to the ECHR in order to provide more coherence between the jurisprudence of both Courts and ultimately, to strengthen the protection of fundamental rights in Europe.

# BIBLIOGRAFÍA

## Monografías, manuales y obras colectivas

ALSTON, P., BUSTELO, M. HEENAN, J. *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999

ANRÓ, I. *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU: l'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Università degli Studi di Milano, Giuffrè Editore, Milano, 2015.

ARNARDOTTIR, O.M. and BUYSE, A. *Shifting Centers of Gravity in Human Rights Protection*, Routledge, 2016

BARTELS, L. *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2005

CALLEWAERT, J. *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2014

CARRASCO MARCO, L. *Adhesión de La Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, EAE, 2013

CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003

CHALMERS, D., DAVIS, G. y MONTI, G. *European Union Law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010

CHUECA SANCHO, A. *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989.

COSTELLO, C. *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016

CRAIG, P. and DE BURCA, G. *EU law – Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2007

CRAIG, P. and DE BURCA, G., *The evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011

CREMONA, M. and THIES, A. *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014

DELGADO CASTELEIRO, A. *The International Responsibility of the European Union From Competence to Normative Control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

DZEHTISIAROUS, K., KONSTANDINIDES, T. LOCK T., O'MEARA, N. *Human Rights in Europe: the Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR* Routledge, 2014

DE HOYOS SANCHO, M. (coord.) *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, 2008

DE SCHUTTER, O. *Fundamental Rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2015

DE VRIES, S., BERNITZ, U., WEATHERILL, S., *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Hart Publishing, Oxford, 2013

DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2013

DIEZ-HOCHTLEINER, J. *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998

EECKHOUT, P. *EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011

FABBRINI, F. *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. *Las capacidades de la Unión Europea como sujeto de Derecho Internacional*, Educatori, Granada, 2010.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., DIAZ BARRADO, C.M., MANERO SALVADOR, A., ALCOCEBA GALLEGU, A. (coord.) *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Thomson-Reuters, Madrid, 2013

GARCÍA JIMÉNEZ, *El convenio europeo de derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions: Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford and Oregon, 2012

GRAGL, P. *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2013

HARTLEY, TC. *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010

HERMIDA DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Anthropos, Barcelona, 2005

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF REFUGEE LAW JUDGES, *An Introduction to the Common European Asylum System for Courts and Tribunals. A Judicial Analysis*. Malta: European Asylum Support Office (EASO), 2016.

KORENICA, F. *The EU Accession to the ECHR Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*, Springer, 2015

KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS, V. *The EU Accession to the ECHR* Hart Publishing, Oxford, 2014

MANERO SALVADOR, A. *OMC y Desarrollo. Evolución y perspectivas del trato desigual en el derecho del comercio internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006

- MANERO SALVADOR, A. (coord.) *La acción exterior de la UE en materia de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria nº 4, 2014
- MANGAS MARTÍN, A. (Ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2012
- MARÍN AÍS, R. *La participación de la Unión Europea en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2013
- MJÖLL ARNARDÓTTIR, O. y BUYSE, A. *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations*, Routledge, 2016
- MORANO-FOADI, S. and VICKERS, L. *Fundamental Rights in the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2015
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial de Estado, Madrid, 1999
- PEERS, S. (ed.) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014
- PESCATORE, P. *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Presse Universitaire de Liège, Liège, 1975
- PI LLORENS, M. *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999
- SAIZ ARNÁIZ, A. y TORRES PÉREZ, A. *Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*, Estudio del Parlamento Europeo, PE462.446, 2012.
- SALINAS DE FRÍAS, A. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000.

SCHÜTZE, R. *Foreign Affairs and the EU Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014

TORRES PÉREZ, A. *Conflicts of rights in the European Union: a theory of supranational adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

TRIDIMAS, T. *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

### **Artículos y capítulos de libro**

AHMED, T. and BUTLER, I. “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective” *European Journal of International Law* Vol. 17, nº 4, 2006, pp. 771–801

ALONSO GARCÍA, R. ‘The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union’, *European Law Journal*, Vol. 8, nº4, December 2002, p. 492-514

ALONSO GARCÍA, R. “Sobre la adhesión de la UE al CEDH (o sobre cómo del dicho al hecho hay un gran trecho)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2015, vol. 53, pp. 11-16

ALONSO GARCÍA, R. “Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13” de 18 de diciembre de 2014”, *WP IDEIR* nº 26, 2015

ALSTON, P., WEILER J. H. H. “An ‘Ever Closer Union’ in Need of a Human Rights Policy” *European Journal of International Law* 9, 1998, p. 658-723

ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARIA, P. “La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales” *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 3 – 2º semestre 2002

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La Unión Europea y el Derecho de los Tratados: una relación compleja”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 51-102

ANKERSMIT, L. “Investment Court System in CETA to be judged by the ECJ”, 31 de octubre de 2016, *European Law Blog*, disponible en: <http://europeanlawblog.eu/2016/10/31/investment-court-system-in-ceta-to-be-judged-by-the-ecj/> (último acceso: 5 de enero de 2017)

AROLD, N.L. GROUSSOT, X. & PETURSSON, G.T., ‘The Paradox of Human Rights Protection in Europe: Two Courts, One Goal?’, in ARNARDOTTIR, O.M. and BUYSE, A. *Shifting Centers of Gravity in Human Rights Protection*, Routledge, 2016, pp.8-26

AYOUB, L. “CJEU: Have we created a monster?” *Eyes on Europe Blog*, 17 april 2015 disponible en <http://www.eyes-on-europe.eu/cjeu-have-we-created-a-monster/> (ultimo acceso: 20 de abril de 2015)

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Autonomía del ordenamiento de la Unión y derechos fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 48, 2013, pp.37-74

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales en la Unión en busca de un nuevo equilibrio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2015, núm. 104, pp. 243-268

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 55, 2016, pp. 941-975

BACHMAIER WINTER, L. “Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo” *Revista Española de Derecho Europeo* 56 Octubre - Diciembre 2015

BACHOUÉ, G. “Avis 2/13 de la CJUE: l’accord d’adhésion de l’UE à la CEDH méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l’Union concernant le contrôle juridictionnel en matière de PESC. Et après?” *Réseau universitaire européen dédié à l’étude du droit de l’Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)* 31 janvier 2015 <http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/31/droits-fondamentaux/3742/> (último acceso: 20 de febrero de 2015)

BALFOUR, A. “Eliminating Conflicting Interpretations of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice and the European Court of Human Rights: The PDIQ System as a Preventative Solution” *Intercultural Human Rights Law Review*, 2007, 183

BARATTA R., “Accession of the EU to the ECHR: The Rationale For The ECJ’s Prior Involvement Mechanism”, *Common Market Law Review*, 2013, pp. 1305–1332

BARNARD, C. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: looking for the silver lining”, *EU Law Analysis Blog*, 16 February 2015 <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2015/02/opinion-213-on-eu-accession-to-echr.html> (último acceso: 17 de febrero de 2017)

BENEDIZIONE, L. y PARIS, E. “Preliminary Reference and Dialogue Between Courts as Tools for Reflection on the EU System of Multilevel Protection of Rights: The Case of the *Data Retention Directive*” *German Law Journal* Vol 16 nº6 2015, pp.1727-1770.

BENOÎT-ROHMER, F. “L’adhésion de l’Union a la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 12-2000, pp. 57 y ss.

BENOÎT-ROHMER, F. “Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l’homme et les organisations internationales”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, 2010

BERGÉ, J. S. “Avotins ou le calme qui couve la tempête” 26 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.gdr-elsj.eu/2016/05/26/cooperation-judiciaire-civile/avotins-ou-le-calme-qui-couve-la-tempete/> (último acceso: 31 de julio de 2016)

BESSELINK, L., “The EU and the European Convention of Human Rights after Lisbon: From 'Bosphorus' Sovereign Immunity to Full Scrutiny?” en BOEREFIJN, I, GOLDSCHMIDT, J.E. (eds.): *Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights: Essays in Honour of Cees Funtermann*, 2008, pp. 295-309, 2008

BESSELINK, L. “The protection of fundamental rights post-Lisbon: The interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions”, General Report, XXV FIDE Congress, 30 May – 2 June 2012



BESSELINK, L. 'Should the European Union ratify the European Convention on Human Rights? Some remarks on the relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice' in FØLLESDAL, A., PETERS, B. and ULFSTEIN, G. *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, 2013, pp.301-333

BESSELINK, L., CLAES, M. and REESTMAN, J.H. (2015) "A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)" *European Constitutional Law Review*, 11, pp. 2-12

BESSELINK, L. Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, *Verfassungsblog*, 23 december 2014 disponible en: <http://www.verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213/#.VJI0WPcMABh> (ultimo acceso: 30 de marzo de 2017)

BESSON, S. "The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution" 6 *Human Rights Law Review* 323, 2006

BIAGIONI, G. "Avotīns v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights" *European Papers*, Vol. 1, No 2, 30 de Agosto de 2016, pp. 579-596

BONICHOT, J.C. "Des rayons et des ombres: Les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne", in J.P. Costa (ed.) *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de J.P. Costa*, Dalloz, 2011

BROUWER, E. "Mutual Trust and Human Rights in the AFSJ: In Search of Guidelines for National Courts" *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 3, pp. 893-920

BULTRINI, A. "La Responsabilité des Etats Membres de l'Union européenne pour les Violations de la Convention Européenne des Droits de l'homme imputables au Système communautaire", *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme* 1, 9, 2002

BUSBY, N. & ZAHN, R. "The EU's Accession to the ECHR: Conflict or Convergence of Social Rights?" UACES Annual Conference, Leeds, 2-4 September 2013

BUTLER, G. “A Political Decision Disguised as Legal Argument? Opinion 2/13 and European Union Accession to the European Convention on Human Rights” *Utrecht Journal of International and European Law*, 31(81), 2015, pp. 104 – 111

BUTLER, G. “The Ultimate Stumbling Block? The Common Foreign and Security Policy, and Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights” *Dublin University Law Journal*, Vol. 39, 02.2016

CALLEWAERT, J. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention européenne des droits de l’homme : une question de coherence” *Cahiers du CEDIE*, Working Papers, 2013/3, n° 16

CALLEWAERT, J. “To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads”, *Journal Européen des droits de l’homme*, 2014

CANEDO, J.R y GORDILLO, L. “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto* Núm. 39/2008, Bilbao, pp.27-59

CANNIZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R.A. ‘Introduction: International Law as Law of the European Union’ en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R.A. (eds) *International Law as Law of the European Union*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012

CANOR, I. ‘*Primus inter pares*. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?’, *European Law Review* 2000, pp. 3-21

CANOR, I. “My brother’s keeper? horizontal Solange : An ever closer distrust among the peoples of Europe”, *Common Market Law Review* 50: 383–422, 2013

CARRILLO SALCEDO, J.A. “Una cuestión pendiente: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos “, *Anuario de Derechos Humanos*, 2002, pp.109-116

CARTABIA, M. “Taking Dialogue Seriously” The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union, Jean Monnet Working Paper 12, 2007

CASADO RAIGÓN, R. “La actualidad de los Derechos Humanos en la Comunidad Europea y la pendiente adhesión al Convenio Europeo de 1950 en PELÁEZ MARÓN, J.M. *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Córdoba, 1992

CASOLARI, F. “La sentenza MOX: la Corte di giustizia delle Comunità europee torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento internazionale” *Il diritto dell' Unione Europea*, 2007, pp.327-367

CAUNES, K. “La protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne Retour vers le futur de l’avis 2/13 de la Cour de justice, de l’adhésion de l’UE à la CEDH et de l’Union européenne elle-même” *ERA Forum*, December 2015, Volume 16, Issue 4, pp 459–466

CERVELL HORTAL, M.J. “El rechazo del TJUE al acuerdo de adhesión al CEDH: amarás a la unión sobre todas las cosas y a su Tribunal de Justicia como a ti mismo”, comunicación Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2015

CHERUBINI, F. “The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in the View of the Accession” *German Law Journal*, Vol. 16 nº6 2015, p.1375-1386

CHUECA SANCHO, A. “Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 37-59.

CLAES, M. and REESTMAN, J.H. “The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the *Gauweiler* Case”, *German Law Journal*, Vol.16 nº4, 2015, pp.917-970

COBO SAÉNZ, J.F., “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus efectos en la aplicación judicial del Derecho de la Unión”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 291, abril 2009

COHEN-JONATHAN, G.: “Droit de l'homme et pluralité des systemes Européens de protection Internationale”, *Revue de droits de l'homme*, 1972. pp. 615-672

COHEN-JONATHAN, G. C. ‘La problématique de l’adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l’homme’, en TEITGEN, P. H., *Etudes de droit des communautés européennes : mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, 1984

COHEN-JONATHAN, G., “La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l’homme”, en AA.VV, *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l’honneur de L. Favoreu*, 2007, pp. 1127-1153

CORTÉS MARTÍN, J.M. “Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, septiembre-diciembre 2013, págs. 935-971

CORTÉS MARTÍN, J.M. “Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010

CORTÉS MARTÍN, J.M. “Autonomía *versus* sumisión a un control externo en materia de derechos fundamentales: consideraciones sobre el Dictamen TJUE nº2/13 relativo a la adhesión al CEDH”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 37, 2015

CORTÉS MARTÍN, J. M. “Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (*Bosphorus*) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, pp. 819-858

COSTA, J. P., “La Convention Européenne des droits de l’homme, la Charte des droits fondamentaux de l’UE et la problématique de l’adhésion de l’UE à la Convention”, *EU Working Paper Law*, 2004/5, European University Institute, Florence.

COSTELLO, C., “The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe”, *Human Rights Law Review*, 2006, pp. 87-130

CRUZ VILLALÓN, P. “Rights in Europe – The Crowded House”, *Working Paper 01/2012*, King’s College London, Centre of European Law, 2012

DAUTRICOUT, C. "A Strasbourg perspective on the development of Human Rights in EU Law: Trends and Implications" *Jean Monnet Working Paper* 10/10, NYU School of Law

DE BURCA, G. "The evolution of Human Rights Law" en CRAIG, P. and DE BURCA, G. *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 2011, pp-465-497.

DE BURCA, G. "The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi", *Harvard International Law Journal*, vol. 51, number 1, Winter 2010

DE BURCA, G. "After the EU Charter of Fundamental Rights: the Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?" *Maastricht Journal of European and Comparative Law* n° 20, 2013

DE BURCA, G. "The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor" *American Journal of International Law*, Vol 105, 2011

DE HERT P. and KORENICA F. "The doctrine of Equivalent Protection: Its Life and legitimacy before and after the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, vol. 13 (2012), n° 7, pp. 874-895

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. "El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales", *Papeles de derecho europeo e integración regional*, núm. 23, 2015

DE SCHUTTER, O., "L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union", in DONY, M. BRIBOSIA, E. (Dir.) *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002

DE SCHUTTER, O. "L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes", 7 *CRIDHO Working Paper* 14, 2005

DE SCHUTTER, O. 'The Two Europes of Human Rights. The Emerging Division of Tasks Between the Council of Europe and the European Union in Promoting Human Rights in Europe', *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, No. 3, Summer 2008, pp. 509-561

DE SCHUTTER, O. et BUTLER, I. 'Binding the EU to International Human Rights Law', *Yearbook of European Law*, vol. 27 (2008), pp. 277-320

DE SCHUTTER, O. "L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation", *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, vol 21, n° 83, 2010

DE SCHUTTER, O. "The two lives of Bosphorus: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the parties to the Convention", CRIDHO Working Paper, 2013/6

DE VIDO, S. "The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step Forward in the Protection of Women from Violence in the European Legal System", *European Journal of Legal Studies*, Issue 23, 2017.

DE WITTE, B. "International Law as a tool for the European Union" *European Constitutional Law Review*, 5, 2009, pp. 265–283

DE WITTE, B.: "European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 65, 2010, pp. 141 y ss

DE WITTE, B. "The use of the ECHR and Convention case law by the European Court of Justice", in POPELIER, P. , VAN DE HENINNG, C., VAN NUFFEL, P. (eds) "Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts", Intersentia, 2011

DE WITTE, B. "A Selfish Court? The Court of Justice and the Design of International Dispute Settlement Beyond the European Union" in CREMONA, M. and THIES, A. *The European Court of Justice and External Relations Law: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, 2014

DE WITTE, B. "Article 53", in PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 1523-1537

DE WITTE, B. “Beyond the Accession Agreement: Five Items for the European Union's Human Rights Agenda”, en KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS, V. *The EU Accession to the ECHR* Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 349-355

DE WITTE and IMAMOVIC, S. “Opinion 2/13 on accession to the ECHR defending the EU legal order against a foreign human rights court” *European Law Review* 2015, v. 40, n. 5, p. 683-705

DEL VALLE GÁLVEZ, A. “La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo” *Revista de Instituciones Europeas*, Vol 20, nº1, 1993, pp. 155-193

DELGADO CASTELEIRO, A. “United We Stand: The EU and its Member States in the Strasbourg Court” in KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS, V. *The EU Accession to the ECHR* Hart Publishing, Oxford, 2014, pp.105-120

DI COMITÉ, V. “Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13” *La Comunità internazionale* Fasc. 2/2015 p.223-243

DI MARTINO, A., “Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG”, *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico, comunitario e comparato*, 2014

DÍAZ BARRADO, C.M. “Los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea” en MARIÑO MENÉNDEZ, F. (dir.) y MOREIRO GONZÁLEZ, C. (coord.) *Derecho internacional y Tratado Constitucional Europeo*, Marcial Pons e Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2006, pp.83-100

DÍAZ BARRADO, C.M. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa”, *Diario La Ley*, nº 7075, 2008.

DÍAZ BARRADO, C.M. “La dispersión y sectorialización de los derechos humanos en la Unión Europea” en AZNAR GÓMEZ, M.J. (ed. lit.), CARDONA LLORENS, J. (ed. lit.), PUEYO LOSA, J.A. (ed. lit.), RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (ed. lit.), SOBRINO HEREDIA, J. M. (ed. lit.), PÉREZ GÓMEZ, M. (hom.), *Estudios de*

*derecho internacional y derecho europeo en homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Vol I, 2012, pp. 1453-1474.

DÍAZ BARRADO, C. M. “Los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea: nuevas bases para la fragmentación en materia de derechos humanos” en MANERO SALVADOR, A. *La acción exterior de la UE en materia de derechos humanos*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria nº 4, 2014

DICOSOLA, M. FASONE, C. SPIGNO, I. “The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System” *German Law Journal*, 2015

DÍEZ-HOCHTLEITNER, J., “El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?” *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, nº 17, 2013

DOMINICK, M. F. “Toward a Community Bill of Rights: The European Community Charter of Fundamental Social Rights”, *Fordham International Law Journal*, Volume 14, Issue 3, 1990

DOUGLAS-SCOTT, S. ‘Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v Ireland, application No 45036/98, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005, (2006) 42 EHRR 1’ *Common Market Law Review* nº 43, 2006

DOUGLAS SCOTT, S. “A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights”, *Common Market Law Review*; Junio 2006; 43, 3

DOUGLAS SCOTT, S. “The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon”, *Human Rights Law Review*, vol 11, nº 4, 2011, pp-645-682

DOUGLAS-SCOTT, S. “The Relationship between the EU and the ECHR Five Years on from the Treaty of Lisbon” in BERNITZ, DE VRIES, WEATHERILL (eds,) *Five Years Legally Binding Charter of Fundamental Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2015



DOUGLAS-SCOTT, S. "Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice", *Constitutional Law Group*, December 24, 2014, <http://ukconstitutionallaw.org/2014/12/24/sionaidh-douglas-scott-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-a-christmas-bombshell-from-the-european-court-of-justice/> (ultimo acceso: 20 de enero de 2015)

DOUGLAS-SCOTT, S. "Opinion 2/13 and the 'elephant in the room': A response to Daniel Halberstam", *Verfassungsblog*, 13 marzo 2015, disponible en: <http://www.verfassungsblog.de/en/opinion-213-and-the-elephant-in-the-room-a-response-to-daniel-halberstam/#.VQR9H885DIU> (ultimo acceso: 31 de agosto de 2016)

DUBOUT, E. "Une question de confiance: nature juridique de l'Union européenne et adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de Droit Européen* n° 1, 2015, p. 73-112

ECONOMIDES, K., WEILER, J.H.H, "Report of Committees, Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum", *The Modern Law Review*, 42(6), 1979, pp. 683-695

ECKES, C., "Does the European Court of Human Rights Provide Protection from the European Community?: The Case of 'Bosphorus Airways'", *European Public Law*, vol. 13-2007, n° 1, pp. 47-67

ECKES C., 'EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation' *Modern Law Review*, 2013, pp. 254-285

ECKES, C. "Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?" *European Law Journal* 8, 2012

Editorial Comments, "The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!" *Common Market Law Review* n° 52, 1-16, 2015

Editorial European Law Review "ECJ, Strasbourg and National Courts: an Exercise in Guesswork?", Vol. 40 Issue 5, october 2015, p. 641-642

ECKHOUT, P.: "Human Rights and the Autonomy of EU Law: Pluralism or Integration?", *Current Legal Problems* 2013, núm. 66, pp. 169-202

EECKHOUT, P. “Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue: autonomy or autarky?” *Jean Monnet Working Paper* 01/15, New York University School of Law, 2015

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, del 28 de marzo de 1996)” *RIE*, 1998

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “La protección internacional de los derechos humanos II” en DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2013

FABBRINI and LARIK, J. “The Accession of the EU to the ECHR and its Effects: *Nada v. Switzerland*, the Clash of Legal Orders and the Constitutionalization of the ECtHR” (September 18, 2013). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2334905> (ultimo acceso: 7 de abril de 2015)

FERNANDEZ LIESA, C.R., “Desarrollos normativos del principio de protección internacional de los derechos humanos en el Tratado de Unión Europea”, *Derechos y libertades*, año, 1, nº 1, 1993, pp. 503-525

FERNANDEZ LIESA., C.R., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, Capítulo XXIII de PECES-BARBA, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, en colaboración con Rafael de Asís y Ángel Llamas, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1995, pp. 641-675

FERNANDEZ LIESA, C.R., “Visibilidad de la acción exterior en el nuevo tratado de Lisboa” Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Martín y Pérez de Nanclares (coord.), 2008, Madrid, pp. 349-361

FERNÁNDEZ SOLA, N. “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias de la Unión Europea*, 1997, núm. 144, pp. 41-55

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “la compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea* nº23, febrero 2015

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. “La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *RIE*, 1985/3

GAJA, G. “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, vol. 33/5, 1996, pp. 973-989

GAJA, G. "The 'Co-respondent Mechanism' According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR", en KOSTA, V. / SKOUTARIS, N. / TZEVELEKOS, V. P. (eds) *The EU accession to the ECHR*, Hart publishing, Oxford, 2014, pp. 341-348

GAJA, G. “The Charter of Fundamental Rights in the Context of International Instruments for the Protection of Human Rights” *European Papers*, Vol. 1, No. 3, 2016, pp. 791-801

GARCÍA ANDRADE, P. “La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE: comentario a la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N.S y M.E.” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea”, *Derechos y libertades*, vol. 1, nº 1, 1993, pp. 473-480

GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.) “La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, CEPC, 2005

GARLICKI, L. “Cooperation of Courts: the role of supranational jurisdictions in Europe”, *International Journal of Constitutional Law*, 2008, pp. 509-530

GIL-BAZO, M.T. “The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and

Compliance with International Refugee and Human Rights Law” *Cuadernos Europeos de Deusto* 36, 2007, pp. 153-182

GIL-BAZO, M.T. “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the rights to be granted asylum in the Union’s Law”, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, No. 3, 2008

GIL-BAZO, M.T. “The safe third country concept in international agreements on refugee protection: assessing state practice” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 33 (1), 2015, pp. 42-77.

GLAS, L.R. and KROMMENDIJK, J., “From Opinion 2/13 to Avotiņš: Recent Developments in the Relationship between the Luxembourg and Strasbourg Court” *Human Rights Law Review* 17 (2), 2017

GOIZUETA VÉRTIZ, J., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, algunas cuestiones sobre el proyecto de acuerdo relativo a la adhesión” en GOIZUETA VÉRTIZ, J., CIENFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los Derechos Fundamentales de la UE. Cuestiones avanzadas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014

GONZÁLEZ PASCUAL, M. “Mutual Recognition and Fundamental Constitutional Rights: The First Preliminary Reference of the Spanish Constitutional Court”, in CLAES, M. et al. (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, 2012

GONZÁLEZ PASCUAL, M. “El TJUE como garante de los derechos en la UE a la luz de la sentencia *Digital Rights Ireland*” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 48, septiembre/diciembre 2014

GONZÁLEZ PASCUAL, M. “¿Puede aplicarse la doctrina Bosphorus a los mecanismos de cooperación judicial del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia?” *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 61, Enero-Marzo 2017

GONZÁLEZ VEGA, J.A. “La “teoría del big bang” o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, abril, 2015, pp. 17-50

GORDILLO PÉREZ, L. I., “Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011

GOVAERE, I. CAPIAU, J. & VERMEERSCH, A. “In-Between Seats: the Participation of the European Union in International Organizations” *European Foreign Affairs Review* 9, 2004, p.155-187.

GRAGL, P. “Accession Revisited: Will Fundamental Rights Protection Trump the European Union’s Legal Autonomy?” *European Yearbook on Human Rights*, 2011, p. 159-172

GRAGL, P. ‘A giant leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union’s accession to the European Convention on Human Rights’ (2014) 51 *Common Market Law Review*, Issue 1, pp. 13–58

GRAGL, P. “The Reasonableness of Jealousy: Opinion 2/13 and EU Accession to the ECHR” en BENEDEK, W., BENOIT-ROHMER, F., KARL, W. y NOVAK, M. (eds), *European Yearbook on Human Rights*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag Viena, 2015

GREER S. y WILLIAM. A. “Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards ‘Individual’, ‘Constitutional’ or ‘Institutional’ Justice?”, *European Law Journal*, 15, 2009, 462 (473)

GRILLER, S. “International Law, Human Rights and the Community's Autonomous Legal Order”, *European Constitutional Law*, 2008

GROUSSOT, X., LOCK, T. and PECH, L. “EU accession to the European Convention on Human Rights: a legal assessment of the draft accession agreement of 14 October 2011” *Fondation Robert Schuman – European issues* No. 218, 2011

GROUSSOT, X., HETTNE, J. y PETURSSON, G.T. “General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union” Paper No 01/2016, Legal Research Paper Series, Lund University, April 2016

GUERRA MARTINS, A.M. “Opinion 2/13 of the Court of Justice in the Context of Multilevel Protection of Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism” *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2016, pp. 27-57

GUIRESSE, M. “Quand le juge constitutionnel allemand encadre la confiance mutuelle: réflexions sur le juge européen des droits fondamentaux”, 8 de febrero de 2016, disponible en <http://www.gdr-elsj.eu/2016/02/08> (último acceso: 25 de enero de 2017)

HALBERSTAM, D. 'It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, 2015

HALBERSTAM, D. “A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward)”, *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/a-constitutional-defense-of-cjeu-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-the-way-forward/> (último acceso: 12 de marzo 2015)

HALLESKOV STORGAARD, L. “EU Law Autonomy versus European Fundamental Rights Protection—On Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR”, *Human Rights Law Review*, 2015

HERVIEU, N. “Cour européenne des droits de l'homme: De l'art de la résilience juridictionnelle”, *Revue des droits de l'homme*, 2015, disponible en: <http://revdh.revues.org/1062> (último acceso: 16 de enero de 2017)

HERVIEU, N. “Cour EDH: Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel”, *Blog combats droits de l'homme, Lemondefr*, 4 de septiembre de 2013 disponible en <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2013/09/04/cour-edh-bilan-detape-dun-perpetuel-chantier-institutionnel/> (último acceso: 24 de marzo de 2017)

HILLION, C.: “A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy”, in M. CREMONA and A. THIES (eds), *The ECJ and External Relations: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 47-72

HILLION, C. “Decentralised Integration? Fundamental Rights Protection in the EU Common Foreign and Security Policy”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 55-66

HINAREJOS, A. “Bosphorus v Ireland and the protection of fundamental rights in Europe”, *European Law Review*, 2006, 31(2), 251-259

HOFMEISTER, F. and BODANSKY, D., “Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland ECHR review of national measure enforcing EC regulation implementing UN Security Council decision”, *AJIL*, vol. 100, 2006, n° 2, pp. 442-449

HOFFMEISTER, F. ‘Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies’, 44 *Common Market Law Review*, 2007

HONG, M. “Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi” *European Constitutional Law Review*, 12, 2016, pp. 549–563

IGLESIAS SÁNCHEZ, S. “The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty in the ECJ’s approach to fundamental rights”, *Common Market Law Rev.* n° 49, 2012, pp.1565-1612

IMAMOVIC, Š., CLAES, M., and DE WITTE, B. (eds.) ‘The EU Fundamental Rights Landscape After Opinion 2/13’, *Maastricht Faculty of Law Working Paper* 2016/3

IRURZUN MONTORO, F., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Una crónica inacabada”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013, p. 19

JACOBS, F. ‘Judicial Dialogue and the Cross-fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice’ (2003) 38 *Texas International Law Journal* 547, specially 550–52

JACOBS, F. “The European Convention on Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice: The Impact of European Union Accession to the European Convention on Human Rights” in PERNICE, I., KOKOTT, J. and SAUNDER, C. (eds.) *The Future of the European Judicial System in a Comparative perspective*, 2006

JACQUÉ, J.P. “La Cour de Justice, la Cour européenne des droits de l’homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations”, DONY, M., BRIBOSIA, E. (coords.) *L’avenir du système juridictionnel de l’Union européenne*, Editions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, pp. 257-263

JACQUÉ, J.P. “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms” *Common Market Law Review* n° 48, 2011

JACQUÉ, J.P. “Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?” *Droit de l’Union Européenne*, 23 de diciembre de 2014 disponible en <http://www.droit-union-europeenne.be/412337458/2394230/posting/texte> (último acceso: 13 de octubre de 2016)

JACQUÉ, J. P. “L’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme après l’avis 2/13 de la Cour de justice de l’Union européenne”, audiencia pública ante el Comité de asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 20 de abril de 2016

JACQUÉ, J.P. “Pride and/or Prejudice? Les lectures possibles de l’avis 2/13 de la Cour de Justice”, *Cahiers de Droit Européen* 2015 n° 1, p. 19-45

JIMENA QUESADA, L. “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 13, 2009, pp. 389-407

JOHANSEN, S. “The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences”, *German Law Journal* Vol. 16 No. 01, p.169-178

JOHANSEN, S. “The Bosphorus Presumption Is still Alive and Kicking: the Case of Avotiņš v. Latvia”, 24 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/stian-oby-johansen/2016-05-24-avotins-v-latvia.html> (ultimo acceso: 25 de mayo de 2016)

KHALIQ, U. “The EU and the European Social Charter: Never the Twain Shall Meet?” *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013

KOCHENOV, D. “EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth It?”, *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1 (2015), pp. 74-96



KOCHENOV, PECH, L. "Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's 'Pre-Article 7 Procedure' as a Timid Step in the Right Direction", EUI Working Paper, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2015/24

KOKOTT, J. and HOFFMEISTER, F. 'Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms' (1996) 90 *American Journal of International Law* 664

KOKOTT, J. and SOBOTTA, C. "The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?" *European Journal of International Law* Vol. 23 n° 4, 2012

KOKOTT, J. and SOBOTTA, C. "Protection of Fundamental Rights in the European Union: On the Relationship between EU Fundamental Rights, the European Convention and National Standards of Protection" *Yearbook of European Law*, Vol. 34, No. 1 (2015), pp. 60–73

KOMÁREK, J. 'European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of "Contrapunctual Principles"', 44 *Common Market Law Review* 9, 2007

KOMAREK, J. "It's a stupid autonomy...", *Verfassungsblog*, 14 de marzo de 2015 <http://verfassungsblog.de/its-a-stupid-autonomy-2/> (último acceso: 30 de agosto de 2015)

KORNEZOV, 'The forthcoming EU accession to the ECHR: a Myriad of Problems, few Solutions' *CELS lunchtime seminar series* 7 November 2012, disponible en: [http://www.cels.law.cam.ac.uk/Kornezov\\_WorkingPaper.pdf](http://www.cels.law.cam.ac.uk/Kornezov_WorkingPaper.pdf) (ultimo acceso: 30 de enero de 2015)

KRENN, C. "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession after Opinion 2/13" 16 *German Law Journal* 147, 2015

KROMMENDIJK, J. 'The CJEU's Reliance on the Case Law of by the ECtHR since 2015: Opinion 2/13 as a Game Changer?' en BRIBOSIA, E. y RORIVE, I., *Towards a Global and Integrated Approach of Human Rights: Promises and Challenges*, 2016

KRÜGER, H.C, POLAKIEWICZ, J. "Propositions pour la creation d'un système coherent de protection des droits de l'homme en Europe/La Convention européenne des

droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol.13, N°1-4, octobre 2001, pp. 1-14

KRÜGER, H.C. "Reflections concerning accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights" 21 *Penn State International Law Review* 89, 2002

KUHNERT, K. "Bosphorus - Double standards in European human rights protection?" *Utrecht Law Review* p.177-189, 2006

KUIJER, M. "The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR's 60<sup>th</sup> anniversary or an unwelcome intruder at the party?", *Amsterdam law Forum*, 2011, disponible en <http://amsterdamlawforum.org/article/view/240/428>

KUIJPER, P.J. "Reaction to Leonard Besselink's ACELG Blog", *ACELG Blog*, 6 de enero de 2015, disponible en: <http://acelg.blogactiv.eu/2015/01/06/reaction-to-leonard-besselinks%E2%80%99s-acelg-blog/> (último acceso: 7 de enero de 2015)

LABAYLE, H. "La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH", 22 décembre 2014, disponible en <http://www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/elsj/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/> (último acceso: 1 de septiembre de 2017)

LABAYLE, H. "Escale à Canossa ? La protection des droits fondamentaux lors d'un transfert « Dublin » vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU)" *EUMigration Blog*, 1 de marzo de 2017, disponible en: <http://eumigrationlawblog.eu/escale-a-canossa-la-protection-des-droits-fondamentaux-lors-dun-transfert-dublin-vue-par-la-cour-de-justice-c-k-c-slovenie-c-57816-ppu/> (último acceso: 7 de marzo de 2017)

LAMBRECHT, S. "The sting is in the tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights" *European Human Rights Law Review*, 2015, Issue n°2, p.185-198

LASO PÉREZ, J. J.: "La autonomía del Derecho de la Unión Europea y el denominado Derecho constitucional europeo", en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. (coord.): *Los*

*Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 131-148

LAVRANOS, N. “Freedom of member states to bring disputes before another court or tribunal: Ireland condemned for bringing the MOX plant dispute before an arbitral tribunal. Grand Chamber decision of 30 May 2006, Case C-459/03, Commission v. Ireland” *European Constitutional Law Review* 2006 Vol.2 pp.456-469

LAVRANOS, N. “Protecting European law from international law” *European Foreign Affairs Review* 15: 265–282, 2010

LAVRANOS, N. “The ECJ’s Judgments in Melloni and Akerberg Fransson: une ménage à trois difficulté” 4 *European Law Reporter* 133, 2013

LAWSON, R. ‘Confusion and conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg’, in R. Lawson and M. De Blois (eds), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of H. G. Schermers* (Kluwer Academic Publishers, 1994), Vol III

LAZOWSKI, A. y WESSEL, R. “When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR” *German Law Journal* Vol. 16 No. 01, 2015

LEMMENS, P., “The Relation Between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights – Substantive Aspects”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 8/1, 2001, pp. 49-67

LENAERTS, C. and de SMIJTER, E. ‘The Charter and the Role of the European Courts’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* n° 8, 2001

LENK, H. “An Investment Court System for the New Generation of EU Trade and Investment Agreements: A Discussion of the Free Trade Agreement with Vietnam and the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 2, pp. 665-677

LETTERON, R. “Adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme : La CJUE se lance dans le protectionnisme” dimanche 21 décembre 2014, disponible en: <http://libertescherries.blogspot.com.es/2014/12/adhesion-de-lue-la-convention.html?spref=tw> (último acceso: 13 de octubre de 2016)

LIISBERG, J. “Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law? *Common Market Law Review* 38: 1171–1199, 2001

LIÑÁN NOGUERAS, D. J., MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., “Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa” en *La UE ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. II, 2009, pp. 1053-1077

LLOPIS NADAL, P. “La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, número 29, junio de 2015

LOCK, T. “The ECJ and the ECtHR: the Future Relationship between the two European Courts” *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 8, 2009, pp.375-398

LOCK, T.: “EU accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg” *European Law Review* nº 35, 2010

LOCK, T. “Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights’ Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights” *HRLR*, vol.10, nº 3, 2010, p. 545

LOCK, T.: “Walking on a tightrope: the Draft Accession Agreement and the autonomy of the EU legal order”, *Common Market Law Review* 48, 2011, pp. 1025-1054

LOCK, T. “End of an Epic? The Draft Agreement on the EU’s Accession to the ECHR”, *Yearbook of European Law*, vol. 31, nº 1, 2012, pp. 162-197

LOCK, T. “Accession of the EU to the ECHR: who would be responsible in Strasbourg?” en ASHIAGBOR, D., COUNTOURIS, N., LIANOS, I. (eds), *The European Union after the Treaty of Lisbon* Cambridge, Cambridge University Press, 2012

LOCK, T. “The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Is It Still Possible and Is It Still Desirable?” *Europa Working Paper No 2015/02; Edinburgh School of Law Research Paper No. 2015/18*, junio 2015.

LOCK, T. “Oops! We did it again – the CJEU’s Opinion on EU Accession to the ECHR”, *Verfassungsblog*, 18 diciembre de 2014 disponible en <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJQI0WcgB4> (último acceso: 15 de enero de 2017)

LOCK, T. “Will the empire strike back? Strasbourg’s reaction to the CJEU’s accession opinion”, *Verfassungsblog*, 30 de enero de 2015

LOCK, T. ‘The influence of EU law on Strasbourg Doctrines’, *European Law Review*, 2016, nº 6, p.804-825

LOHSE, E.J. “The German Constitutional Court and Preliminary References-Still a Match not Made in Heaven? 16 *German Law Journal* No. 6, 2015

LÓPEZ GUERRA, L. “Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014

LUTHER, J. *Is there any “perspective” for an European Accession to the European Social Charter?* University of Piemonte orientale, Italy, 8 october, 2014, disponible en <https://racseanesc.org/tag/academic-network-on-european-social-charter-and-social-rights/> (ultimo acceso: 21 de marzo de 2017)

MAHONEY, P. “From Strasbourg to Luxembourg and Back: Speculating about Human Rights Protection in the European Union after the Treaty of Lisbon” *Human Rights Law Journal* nº 31, 2011

MANERO SALVADOR, A., “El valor jurídico de la Carta de Derechos fundamentales. De Niza a Lisboa” en FERNÁNDEZ LIESA, C., DIAZ BARRADA, C., MANERO SALVADOR, A., ALCOCEBA GALLEGU, A., (coord.) *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, 2008

MANERO SALVADOR, A. “El cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la crisis

económica internacional”, *Fundación Alternativas, Estudios de progreso*, 75/2013, Madrid

MANGAS MARTÍN, A. “European Union Law: a Special Subsystem of International Law” en *Liber Amicorum of Judge José María Ruda*. Kluwer Law international, La Haya, 2000, pp. 585-593

MARCOUX. L.: “Le concept de Droits Fondamentaux dans le droit de la Communauté Economique Européenne”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 4. 1983, p. 715-716.

MARÍN AÍS, R. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 44, 2013

MARINAS SUÁREZ, D. “Senator Lines contra los quince Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.11, julio-septiembre, 2004, pp. 475-498

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La contribución del Tribunal Constitucional alemán al Derecho comunitario europeo: el permanente “tira y afloja” con el Tribunal de Justicia de la UE” en RIPOLL, S. y UGARTEMENDIA, J.I. *España ante los tribunales internacionales europeos. Cuestiones de política judicial*, Oñate, IVAP, 2008, p. 175-197

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Comentario al artículo 53” en MANGAS MARTÍN, A. (Ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)” *REAF* núm. 13, abril 2011, pp. 97-145

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica”, WP IDEIR nº 14, 2012

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”, *Revista de Derecho Europeo*, nº 48, Madrid mayo/agosto 2014

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, pp. 825-869

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. “Crónica de una muerte anunciada: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11”, *Revista General de Derecho Europeo* nº 30, 2013

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. “La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Aranyosi y Caldaru*” *Revista de derecho Comunitario Europeo*, 55, 2016, pp. 859-900

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. y BLÁZQUEZ NAVARRO, I. “La incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE”, *RJUAM*, nº 28, 2013-II, pp .197-219

MARTÍNEZ PÉREZ, E. “La actualización de los derechos fundamentales en Europa: la incidencia de la Carta en la jurisprudencia de Estrasburgo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013

MARTINICO, G. “Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of ‘Hidden Dialogue’”, *Kings Law Journal* nº 21 2010 p.257-281

MARTINICO, G. “Multiple loyalties and dual preliminaryity: The pains of being a judge in a multilevel legal order”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 10, Issue 3, July 2012

MARTINICO G. y GORDILLO, L. “La jurisprudencia federalizante y humanizadora del Tribunal de Justicia: un cuento desde el país de las hadas”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478

MATERA, C. y WESSEL, R. “Context or content? A CFSP or AFSP legal basis for EU international agreements” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, Madrid, septiembre/diciembre (2014), pp. 1047-1064

MICHL, W. “Still a flawed decision“ 13 de marzo de 2015, *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/still-a-flawed-decision-2/>

MITSOLEGAS, V. “The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual” *Yearbook of European Law*, Vol. 31, No. 1 (2012), pp. 319–372

MITSOLEGAS, V. ‘The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe’s Area of Criminal Justice’, Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 207/2015, 2015, *New Journal of European Criminal Law*

MONTALDO, S. “On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 3, pp. 965-996

MORANO-FOADI, S. and ANDREADAKIS, S. “Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights” *European Law Journal*, Vol. 17, No. 5, September 2011, pp. 595–610

MORANO-FOADI, S. and ANDREADAKIS, “The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence”, *European Journal of International Law*, Vol. 22 no. 4, 2011

MORANO-FOADI, S. ‘Fundamental Rights in Europe: “constitutional” dialogue between the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights’, 5 *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* n° 1, 2013, pp. 64-88

MORANO-FOADI, S. y ANDREADAKIS, S. “A Report on the Protection of Fundamental Rights in Europe: A Reflection on the Relationship between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights post Lisbon”, Oxford Brookes University, 2014



MORANO-FOADI, A. and ANDREADAKIS, S. “The EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: Reflections, Solutions and the Way Forward”, Public Hearing on “Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR): Stocktaking after the ECJ’s Opinion and way forward” European Parliament’s Committee on Constitutional Affairs, 20 April 2016

MORGADES GIL, S. “El sistema de Dublín y la garantía del respeto del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes: límites más allá de la pérdida de la confianza mutua. Comentario a la Sentencia del TEDH de 4.11.2014 (Gran Sala), Tarakhel c. Suiza, 29217/12”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 51, mayo-agosto 2015, pp749-768

MORIJN, J. “After Opinion 2/13: how to move on in Strasbourg and Brussels? *Eutopia Law Blog*, 5 de enero de 2015 <http://eutopialaw.com/2015/01/05/after-opinion-213-how-to-move-on-in-strasbourg-and-brussels/> (último acceso: 7 de enero de 2017)

MURPHY, C. “On the Rocky Road to Accession: Final Draft of EU’s Accession Agreement to ECHR Approved”, *European Law Blog*, 12 de abril de 2013, disponible en: <http://europeanlawblog.eu/?p=1680> (último acceso: 14 de marzo de 2017)

NETTESHEIM, M. ‘UN Sanctions against Individuals: A Challenge to the Architecture of European Union Governance’ *Common Market Law Rev* 44, 2007, 567

ODERMATT, J. “The European Union accession to the European Convention on Human Rights: an international perspective”, Working Paper No. 136, *Leuven Centre for Global Governance Studies*, 2014

ODERMATT, J. “A Giant step backwards? Opinion 2/13 on the EU’s accession to the European Convention on Human Rights” Working Paper No. 150, *Leuven Centre for Global Governance Studies*, 2015

ODERMATT, J. “When a Fence Becomes a Cage: The Principle of Autonomy in EU External Relations Law” *EUI papers* 2016

O’MEARA N., “A more secure Europe of rights? The ECHR, the ECJ and EU accession to the ECHR” *German Law Journal* nº 1, 2011

O'MEARA, N. "Lisbon via Stockholm, Strasbourg and Opinion 2/13: prospects for citizen-centred protection of fundamental rights?" en FERRERA, N. and KOSTAKOPOULO, D. *The human face of the European Union: are EU law and policy humane enough?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

O'NEILL A. "Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR: The CJEU as Humpty Dumpty" *Eutopia law blog*, 18 de diciembre de 2014, disponible en: <http://eutopialaw.com/2014/12/18/opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-the-cjeu-as-humpty-dumpty/> (último acceso: 20 de febrero de 2015)

OULÁ-CHAIB, S. and DAVID, V. "European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it", *Strasbourg Observers Blog*, 27 de marzo de 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/> (último acceso: 27 de marzo de 2017)

PARISH, M. "International Courts and the European Legal Order", *The European Journal of International Law* Vol. 23 no. 1, 2012

PEERS, S., "Bosphorus, Limited responsibility of European Union member states for actions within the scope of Community law", *European Constitutional Law Review*, n.º 2, 2006, pp. 443-455

PEERS, S. "The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection", 18 de diciembre de 2014, *EU Law Analysis Blog*, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> (último acceso: 30 de agosto de 2016)

PEERS, S. "The EU's Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare", *German Law Journal* Vol. 16 No. 01 2015

PEERS, S. "Free at last? Detention, the European Arrest Warrant and Julian Assange" *EU law analysis*, 5 de febrero de 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/02/free-at-last-detention-european-arrest.html> (último acceso: 22 de diciembre de 2016)

PEERS, S. “Human Rights and the European Arrest Warrant: Has the ECJ turned from poacher to gamekeeper?” *EU Law Analysis Blog* [http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+\(EU+Law+Analysis\)](http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/11/human-rights-and-european-arrest.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed:+EuLawAnalysis+(EU+Law+Analysis)) (último acceso: 14 noviembre 2016)

PÉREZ VERA, E. “El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, nº 2, 1993, pp. 459-483

PERNICE, I. “L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l’homme est suspendue. Remarques à propos d’un avis surprenant de la Cour de justice de l’Union Européenne du 18 décembre 2014”, *Cahiers de Droit Européen* nº 1, 2015, p.47-72

PIERNAS LÓPEZ, J.J. “La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos” *Revista Española de Derecho Europeo* 50, Abril - Junio 2014

PIRKER, B. H. y REITEMEYER, S. “Between Discursive and Exclusive Autonomy – Opinion 2/13, the Protection of Fundamental Rights and the Autonomy of EU Law”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2015

PLATON, S. “The ‘Equivalent Protection Test’: From European Union to United Nations, from Solange II to Solange I”, *European Constitutional Law Review*, 2014

POLAKIEWICZ, J. “EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?” 26 de septiembre de 2013, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract\\_id=2331497](https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2331497) (último acceso: 28 de febrero de 2017)

POLAKIEWICZ, J. “The Future of Fundamental Rights Protection without accession”, discurso pronunciado en la Universidad de Maastricht, 26 Junio 2015, disponible en : [http://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset\\_publisher/ja71RsfcQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false](http://www.coe.int/fr/web/dlapil/speeches-of-the-director/-/asset_publisher/ja71RsfcQTP7/content/the-future-of-fundamental-rights-protection-without-accession?inheritRedirect=false) (último acceso: 26 de febrero de 2016)

POLAKIEWICZ, J. “Europe’s multi-layered human rights protection system: challenges, opportunities and risks”, Lecture at Waseda University Tokyo 13 March 2016

POLAKIEWICZ, J. and BRIESKOVA, L. “It’s about Human Rights, Stupid!” *VerfassungsBlog*, 12 de marzo de 2015, disponible en: <http://verfassungsblog.de/its-about-human-rights-stupid/> (último acceso : 20 de agosto de 2016)

PUENTE EGIDO, J. “¿Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos?: cuestión disputada”, en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. / SALINAS DE FRÍAS, A. (coords.): *Soberanía del Estado y Derecho internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005

QUERALT JIMÉNEZ, A. “La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp.487-519

REITENMEYER, S. “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One step ahead and two steps back”, *European law Blog*, 31 de marzo de 2015, *European Law Blog*, <http://europeanlawblog.eu/?p=2731#more-2731> (ultimo acceso: 30 de septiembre de 2016)

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOLKER, U. “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la Decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986”, en *RÍE*, 1987/3, pp. 667 y ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C: “Tribunales constitucionales y Derecho Comunitario”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1175 y ss,

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ A. “El derecho comunitario y las relaciones entre el TJUE, el TEDDHH y los tribunales constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, pp. 329-376

ROLDÁN BARBERO, J. “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 7. Núm. 16. Septiembre-Diciembre 2003

ROZAKIS, C. “The accession of the EU to the ECHR and the Charter of Fundamental Rights: Enlarging the Field of Protection of Human Rights in Europe” en KOSTA, V., SKOUTARIS, N. and TZEVELEKOS *The EU Accession to the ECHR*, Hart Publishing, 2014

SALINAS DE FRÍAS, A. “La adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, blog *Aquiescencia*, 23 de noviembre de 2015, <http://aquiescencia.net/2015/11/23/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-por-ana-salinas-de-frias/> (último acceso: 1 de abril de 2017)

SÁNCHEZ GUIJARRO, L. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un desafío para Europa todavía pendiente”, *Documentos de Trabajo IELAT*, Nº 86, Mayo 2016

SÁNCHEZ PATRÓN, J.M. “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: los dictámenes del Tribunal de Justicia y el posicionamiento del Estado español”, comunicación AEPDIRI 2015

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I.: “Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto Matthews c. Reino Unido)”, *RDCE*, nº 3, nº 5, 1999, pp. 95-108

SANTOS VARA, J. “The Consequences of *Kadi*: Where the Divergence of Opinion between EU and International Lawyers Lies?” *European Law Journal*, 2011

SANTOS VARA, J. “Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en GONZÁLEZ ALONSO, L.N. y GARRIDO, M. *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz: ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?* Árbol académico, 2011, pp. 369-396

SANZ CABALLERO, S. “La contribución del Consejo de Europa al acervo de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales: sinergias y divergencias de ambos sistemas” en FERNÁNDEZ SOLÁ, N., *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004 pp.59-92

SANZ CABALLERO, S. “The European Social Charter As an Instrument to Eradicate Poverty: Failure or Success”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2008, no 64/65

SANZ CABALLERO, S. “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 38, 2011, pp. 99-128

SARMIENTO, D. “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe” *Common Market Law Review* nº 50, 2013, p. 1267 y ss.

SARMIENTO, D., *Les dialogues des juges en Europe* by Burkhard Hess and Séverine Ménetrey, book review, *Common Market Law Review* nº 52, issue nº 6, 2015, pp. 1691–1728

SARMIENTO, D. “EU fundamental rights as a source of integration or disintegration?” *Despite Our Differences Blog*, 10 de abril de 2016, disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2016/04/10/eu-fundamental-rights-as-a-source-of-integration-or-disintegration/> (último acceso: 24 de enero de 2017)

SARMIENTO, D. “An Instruction Manual to Stop a Judicial Rebellion (before it is too late, of course)”, *Despite Our Differences Blog*, 1 de febrero de 2017, disponible en: <https://despiteourdifferencesblog.wordpress.com/2017/02/01/an-instruction-manual-to-stop-a-judicial-rebellion-before-it-is-too-late-of-course/> (último acceso: 1 de febrero de 2017)

SCHEECK, L. “Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateur de loyautés, dissolvant de résistances?” en BRIBOSIA, E., SCHEECK, L. et UBEDA DE TORRES, A. *L'Europe des Cours, loyautés et résistances*, Bruxelles: Bruylant, 2010

SCHEECK, “Solving Europe’s binary human rights puzzle. The interaction between supranational courts as a parameter of European governance” *Research in Question n° 15*, Centre d’études et de recherches internationales Sciences Po, 2005

SCHEECK, L. “Competition, Conflict and Cooperation between European Courts and the Diplomacy of Supranational Judicial Networks” *GARNET Working Paper: No 23/07* August 2007

SCHEININ, M “Is the ECJ Ruling in Kadi Incompatible with International Law?” *Yearbook of European Law*, 28 (1), 2009

SCHEININ, M. “CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances“, 26 diciembre 2014, *Verfassungsblog*, disponible en: <http://verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances/> (último acceso: 20 de febrero de 2017)

SCHERMERS, “The European Communities bound by Fundamental Human Rights”, 27 *Common Market Law Review*, 1990, pp.249-258

SCHILL, S. “Editorial: Opinion 2/13 – The End for Dispute Settlement in EU Trade and Investment Agreements?” *The Journal of world investment & trade* 16, 2015, pp. 379-388

SCHILL, S “The Proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State Dispute Settlement under EU Constitutional Law?” *Verfassungsblog*, 29 Septiembre 2015 <http://verfassungsblog.de/en/the-proposed-ttip-tribunal-and-the-court-of-justice-what-limits-to-investor-state-dispute-settlement-under-eu-constitutional-law/> (último acceso: 20 de marzo de 2017)

SCHILLING, T. “The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, 1996

SCHMAUCH, M., “Case-law from Strasbourg 2011: The End of the Bosphorus Presumption”, *European Law Reporter*, 2012, nº 9, pp. 252-256

SCHÜTZE, R. “The Succession Doctrine’ and the European Union” in HULL, A. BARNARD, C., DOUGAN, M. and SPAVENTA, E. (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, 2011, Oxford, Hart Publishing

SIMON, D. “Des influences reciproques entre CJCE et CEDH: Je t’aime, moi non plus”, *Pouvoirs: Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, 2001, nº 96, pp. 31-50

SPAVENTA, E. “A very fearful Court? The protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13” *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 22(1): 35-56, 2015

SPERDUTI, “Comment concevoir, dans sa spécificité l'adhésion des Communautés européennes de la Convention de Rome sur la sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentale”, en BERNHARDT, R, GECK, W. JAENICKE, STEINBERG, H. (eds.) *Volkerrecht Als Rechtsordnung: Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler* 903, 1983.

STOFFEL VALLOTON, N. “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho comunitario en el marco del artículo 307 CE: Convenios de Estados miembros con terceros Estados anteriores a su adhesión a la UE. Nuevas consideraciones sobre su limitada primacía” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 22, Madrid, septiembre-diciembre, 2005, pp. 843-890

STREINZ, T. “The autonomy paradox”, *Verfassungsblog*, 15 de marzo de 2015 <http://verfassungsblog.de/the-autonomy-paradox-2/> (último acceso: 20 de febrero de 2017)

THYM, D. “Separation versus Fusion - or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice” *European Constitutional Law Review* / Volume 9 / Issue 03 / December 2013, pp. 391 – 419

TIMMERMANS, C. Will the Accession of the EU to the European Convention on Human Rights fundamentally change the relationship between the Luxemburg and the Strasbourg Court? Distinguished Lecture, Speech delivered at the ‘Judicial Cooperation in Private Law’ CJC Conference (15-16/04/13), Centre for Judicial Cooperation, European University Institute, 2013/2014

TIMMERMANS, F. “Commission Statement: EU framework for democracy, rule of law and fundamental rights”, Speech to the European Parliament, Strasbourg, 12 February 2015



TIZZANO, A. “The Role of the ECJ in the Protection of Fundamental Rights” en ARNULL, A. ECKHOUT, P. and TRIDIMAS, T. (Eds.) *Continuity and change in EU Law: Essays in honour of Francis Jacobs*, 2008

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. “La sucesión entre organizaciones internacionales y la Unión Europea” *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 21, 2005

TORRES PÉREZ, A. “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” Barcelona, 27/28 de Noviembre de 2008, disponible en: [http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres\\_Pxrezx\\_Aida.pdf](http://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Torres_Pxrezx_Aida.pdf) (último acceso: 29 de marzo de 2017)

TORRES PÉREZ, A. “Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011” *European Constitutional Law Review*, 8: 105–127, 2012

TORRES PÉREZ, A. “Too many voices? The prior involvement of the Court of Justice of the European Union”, *European Journal of Human Rights*, 2013/4, pp.565-583

TORRES PÉREZ, A. “Melloni in three acts”, *European Constitutional Review*, 10, pp 308-331, 2014

TORRES PÉREZ, A. “Constitutional identity and fundamental rights: the intersection between articles 4(2) TEU and 53 Charter” en SAIZ ARNAIZ, A. and ALCOBERRO, C. (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, 2013

TORRES PÉREZ, A. “A predicament for domestic courts: caught between the European arrest warrant and fundamental rights” en DE WITTE, B., MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, J.A., JAREMBA, U., WIND, M., PODSTAWA, K. *National courts and EU law: new issues, theories and methods*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2016

TOTH, A.G. ‘The European Union and Human Rights: the Way Forward’, *Common Market Law Review*, 34, 1997

TULKENS, F. “Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU

and the European Convention on Human Rights”, speech at the National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP) – Krakow (Poland), 1 March 2013

TÜRKÜLER N. “Fundamental Rights in the EU after Kadi and Al Barakaat”, *European Law Journal*, Vol. 16, No. 5, September 2010, pp. 551–577

TÜRKÜLER N. “European Exceptionalism and the EU’s Accession to the ECHR” *The European Journal of International Law* Vol. 27 no. 3, 2016

TURNER, C., “Human Rights Protection in the European Community: Resolving Conflict and Overlap Between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights”, *European Public Law*, 5, 1999

UERPMANN, R. International Law as an Element of European Constitutional Law. International Supplementary Constitutions, *Jean Monnet Working Papers* 9/2003, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 24-27 February 2003

URÍA GAVILÁN, E. “Choque de titanes judiciales en torno al euro: comentario de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional alemán sobre la compra de deuda de los Estados “rescatados”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 30, junio de 2014, p.331-352

URÍA GAVILÁN, E. “Derechos fundamentales *versus* vigilancia masiva. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015 en el asunto C-362/14 *Schrems*” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 53, Madrid, enero/abril 2016, pp. 261-282

URÍA GAVILÁN, E. “Pena de prisión e inmigración irregular: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto C-290/14 *Celaj*” *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 299-306.

URÍA GAVILÁN, E. “*Solange III*: The German Federal Court strikes again”, *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 367-368

URÍA GAVILÁN, E. “La Declaración Unión Europea-Turquía: la externalización de la seguridad en detrimento de la protección de los derechos humanos” en Asociación

Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, Tirant Lo Blanch, 2017 (Pendiente de publicación)

VAN DER BERGHE, F. "The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?", *European Law Journal*, Vol. 16, No. 2, March 2010, pp. 112–157

VAN ROSSEM, J. "The Autonomy of EU Law: More is Less?" in Wessel and Blockmans (eds) *Between Autonomy and Dependence: The EU Legal Order Under the Influence of International Organizations*, Asser Press, The Hague 2013 pp. 13 – 46

VICINI, G. "The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: Reshaping Non-refoulement in the name of mutual trust?" *European Journal of Legal Studies*, Volume 8, Issue 2, Winter 2015, p.50-73

VON BOGDANDY, A. 'The European Union as a Human Rights Organisation? Human Rights and the Core of the European Union', *Common Market Law Review*, 37, 2000, p. 1307 y ss.

VON BOGDANDY, A., KOTTMAN, M., ANTPÖHLER, C., DICKSCHEN, J., HENTREI, S., MAJA, S. "Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States" *Common Market Law Review* nº 49, 2012, pp. 489–520

VOSSKUHLE, A. "Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts", discurso pronunciado en la apertura del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 31 de enero de 2014

WAELEBROECK, M. "La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes?", *Droit communautaire et droit national*, De Tempel, 1965, pp. 305-318

WEILER, J. H. H. 'Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities', 61 *Washington Law Review*, 1986, p. 1103 y ss.

WEILER, J.H.H y HALTERN, U. “The autonomy of Community Legal Order – through the looking glass”, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, 1996

WEILER, J.H.H. “The essential (and would-be essential) of the European Court of Justice: Lights and Shadows too”, en PERNICE, I., KOKOTT, J., SAUNDERS, C. *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, 2006

WEIS, J.F. “Succession of States in Respect of Treaties Concluded by the European Communities”, *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht*, 42, 1994

WEISS, W. “Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon”, *European Constitutional Law Review* / Volume 7 / Issue 01 / February 2011, pp 64 – 95

ZOETeweig-TURHAN, M. y PROGIN-THEUERKAUF, S. “CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe”, *European Law Blog*, 10 de marzo de 2017, disponible en <http://europeanlawblog.eu/2017/03/10/cjeu-case-c-63816-ppu-x-and-x-dashed-hopes-for-a-legal-pathway-to-europe/> (ultimo acceso: 9 de marzo de 2017)

## **Tesis doctorales**

MARÍN AÍS, R. “La Unión Europea y el Derecho internacional de los derechos humanos” tesis doctoral. Director: Javier Roldán Barbero. Universidad de Granada, 2013

MONTESINOS PADILLA, C. “Tutela multinivel de los derechos: Obstáculos procesales”, Directores: Pablo Pérez Tremps y Itziar Gómez Fernández, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, enero de 2015

# FUENTES JURISPRUDENCIALES

## Comisión Europea de Derechos Humanos

- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 19 de julio de 1978 sobre la admisibilidad de la demanda en el asunto *Confédération Démocratique Française du Travail c. Communautés Européennes*, nº de solicitud nº 8030/77
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 5 de octubre de 1987 *Dalfino c. Belgique et Communautés européennes*, solicitud nº11574/85
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 19 de enero de 1989, *Dufay c. Communautés européennes et subsidiairement les Etats membres des Communautés considérées collectivement et individuellement*, solicitud nº13539/88
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de febrero de 1990, en el asunto *M. & Co. v. Federal Republic of Germany*, nº de solicitud 13258/87
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 12 de mayo de 1993 asunto *Soc. Divagsa c. Spain*, nº de solicitud 20631/92
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 22 de octubre de 1998, *Garzilli v Member States of the EU*, de 22 de octubre de 1998, solicitud nº 32384/96.

## Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia de 7 de diciembre de 1976, *Handyside c. Reino Unido*, nº de solicitud 5493/72
- Sentencia de 29 de abril de 1988, *Belilos contra Suiza*, nº de solicitud 10328/83
- Sentencia de 26 de mayo 1988, *Ekbani c. Suecia*, nº de solicitud 10563/83
- Sentencia de 22 de febrero de 1994 *Burghartz c. Suiza*, nº de solicitud 16213/90
- Sentencia de 14 de mayo de 1994 en el asunto *Saunders c. United Kingdom*
- Sentencia de 23 de marzo de 1995 en el asunto *Loizidou v. Turkey*, nº solicitud 15318/89
- Sentencia de 28 de septiembre de 1995 en el asunto *Procola c. Luxemburgo* nº de solicitud 14570/89

- Sentencia de 15 de noviembre de 1996 en el asunto *Cantoni c. Francia* nº de solicitud 17862/91.
- Sentencia de 19 de marzo de 1997, asunto *Hornsby v. Greece*, nº de solicitud 18357/91
- Sentencia de 30 de enero de 1998, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, solicitud nº 19392/92
- Sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, solicitud nº 24833/94
- Sentencia de 7 de junio de 2001 en el asunto *Kress v. France*, solicitud nº 39594/98
- Sentencia de 15 de marzo de 2002 en el caso *Austin et autres c. Royaume-Uni*, nº de solicitud 39692/09, 40713/09 y 41008/09
- Sentencia de 11 de julio de 2002 en el asunto *Christine Goodwin y I. contra Reino Unido* nº 28957/95
- Decisión de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia* nº de solicitud 56672/00
- Sentencia de 30 de junio de 2005 en el asunto *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* nº de solicitud 45036/98.
- Sentencia del TEDH de 6 de octubre de 2005, *Hirst*, nº 74025/01
- Decisión de inadmisibilidad de 31 de mayo de 2007 en los asuntos *Behrami and Behrami v. France* (solicitud 71412/01) and *Saramati v. France, Germany and Norway* (solicitud 78166/01).
- Sentencia de 29 de enero de 2008, asunto *Saadi c. Reino Unido*, nº 13229/03
- Sentencia de 19 de junio de 2008 en el asunto *Ryabikin v. Russia*, nº 8320/04
- Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Connolly c. 15 Member States of the European Union*, nº de solicitud 73274/01
- Sentencia del TEDH de 10 de febrero de 2009, *Sergey Zolotukhin / Rusia*, nº 14939/03
- Sentencia de 17 de septiembre de 2009 en el asunto *Scoppola*, nº de solicitud 10249/03
- Sentencia de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, solicitud nº 30696/09.
- Sentencia de 20 de septiembre de 2011 *Ullens de Schooten and Rezabek / Bélgica* nº 3989/07 y 38353/07
- Sentencia de 10 de abril de 2012 *Vergauwen and Others v. Belgium* nº solicitud 4832/04
- Sentencia de 6 de diciembre de 2012, *Michaud/Francia*, nº solicitud 12323/11
- Sentencia de 15 Enero de 2013, *Eweida y Otros contra Reino Unido*, (solicitudes nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10)
- Sentencia de 19 de febrero de 2013 en el caso *X. and Others v Austria* nº de solicitud 19010/07
- Sentencia de 8 de abril de 2014, asunto *Dhahbi c. Italia*, nº de solicitud 17120/09.

- Sentencia de 4 de noviembre de 2014, Tarakhel / Suiza, nº solicitud 29217/12
- Sentencia de 5 de diciembre de 2015, Roman Zakharov c. Rusia, núm. solicitud 47143/06
- Sentencia de 12 de enero de 2016, Szabó y Vissy c. Hungría, nº de solicitud 37138/14
- Sentencia de 23 de mayo de 2016 Avotinš vs. Letonia, nº 17502/07
- Sentencia de 23 de agosto de 2016, J.K. y otros c. Suecia, nº 59166/12

## **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

### **Sentencias**

- 
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero de 1959, Stork, C-1/58, ECLI:EU:C:1959:4
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, C-26/62 ECLI:EU:C:1963:1
- Sentencia de 15 de julio de 1963, Plaumann, C-25/62, ECLI:EU:C:1963:17
- Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa contra E.N.E.L, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66
- Sentencia de 12 de noviembre de 1969, Stauder, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114
- Sentencia de 31 de marzo de 1971, ERTA, asunto C-22/70 ECLI:EU:C:1971:32
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1972, International Fruit Company, C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, ECLI:EU:C:1972:115
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, Haegeman c. Bélgica, asunto C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41
- Sentencia de 14 de mayo de 1974, Nold, C-4/73, ECLI:EU:C:1974:51
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de octubre de 1975, Rutili, C-36/75, ECLI:EU:C:1975:137.
- Sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, C-48/75, ECLI:EU:C:1976:57
- Sentencia de 7 de julio de 1976, Watson & Belmann, C-118/75, ECLI:EU:C:1976:106
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1980, Burgoa, C-812/79 ECLI:EU:C:1980:231
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, CILFIT, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 1987, Demirel, asunto C- 12/86, ECLI:EU:C:1987:400
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 1988 Les Verts/Parlamento, C-190/84 ECLI:EU:C:1988:94.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst c. Commission, C-46/87 y C-227/88, ECLI:EU:C:1989:337
- Sentencia de 18 de octubre de 1989, Orkem c. Comisión, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387
- Sentencia del 16 de diciembre de 1992 en el caso Niemitz v. Germany no. 13710/88
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1994, Peralta, C-379/92, ECLI:EU:C:1994:296
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores, C-50/00, ECLI:EU:C:2002:462
- Sentencia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, ECLI:EU:C:2002:582
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, asunto C-94/00 ECLI:EU:C:2002:603
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros c. Comisión, T-191/98, T-212/98 y T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245
- Sentencia de 30 de septiembre de 2003, Köbler c. Austria, C-224/01 ECLI:EU:C:2003:513
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02, y C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270
- Sentencia de 21 de septiembre de 2005, Kadi/Consejo y Comisión, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332
- Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C- 144/04, ECLI:EU:C:2005:709
- Sentencia de 9 de marzo de 2006, Van Esbroeck, C-436/04, ECLI:EU:C:2006:165
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation, C-402/05 P and C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, Comisión c. Irlanda (“Mox Plant”), C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345.
- Sentencia de 13 de junio de 2006, Traghetti del Mediterraneo, C-173/03, ECLI:EU:C:2006:391
- Sentencia de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido, C 145/04, ECLI:EU:C:2006:543
- sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2007, Segi y otros / Consejo C-355/04 y C-355/04 ECLI:EU:C:2007:116
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, Viking, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772



- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2008, C-308/06, Intertanko, ECLI:EU:C:2008:312
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2008, Mesquer, C-188/07, ECLI:EU:C:2008:359
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2009, Bogiatzi, C-301/08 ECLI:EU:C:2009:649
- Sentencia de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci, asunto C-555/07 ECLI:EU:C:2010:21
- Sentencia de 25 de febrero de 2010, Brita C-386/08 386/08 ECLI:EU:C:2010:91
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión, C-550/07 P ECLI:EU:C:2010:229
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363
- Sentencia de 5 de octubre de 2010, J. McB. y L. E., C-400/10, ECLI:EU:C:2010:582
- Sentencia de 22 de diciembre de 2010, DEB c. Alemania, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 diciembre 2011, N.S. y M.E, C-411/10 y 493/10, ECLI:EU:C:2011:865
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, Parlamento/Consejo, C-130/10 ECLI:EU:C:2012:472
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 6 de noviembre de 2012, Otis, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684
- Sentencia de 26 de febrero de 2013 (Gran Sala) Åkerberg Fransson, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, Arango Jaramillo, C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134
- Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Besselink/Consejo, T-331/11, ECLI:EU:T:2013:419
- Sentencia de Gran Sala de 10 de diciembre de 2013, Abdullahi, asunto C-394/12, ECLI:EU:C:2013:813
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2014, Google Spain, C 131/12, EU:C:2014:317
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 24 de junio de 2014, Parlamento/Consejo, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2014 asunto Abdida, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453
- sentencia de 16 de junio de 2015, Gauweiler, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400
- Sentencia de 16 de julio de 2015, Lanigan, C-237/15 ECLI:EU:C:2015:474
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de septiembre de 2015, Inuit Tapiriit Kanatami, C-398/13, ECLI:EU:C:2015:535
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, Taricco, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555
- Sentencia de 9 de septiembre de 2015, C-160/14, Ferreira da Silva, ECLI:EU:C:2015:565
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 1 de octubre de 2015, Celaj, asunto C-290/14, ECLI:EU:C:2015:640
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión (Gran Sala) de 6 de octubre de 2015, Delvigne, C-650/13, ECLI:EU:C:2015:648
- sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2015, Gavril Covaci, C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de diciembre de 2015, Tall, C-239/14, ECLI:EU:C:2015:824
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de diciembre de 2015, WebMindLicenses, C-419/14
- Sentencia de 17 de diciembre de 2015, Neptune Distribution, C-157/14, EU:C:2015:823
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de febrero de 2016, J.N., C-601/15
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, Aranyosi y Căldăraru, C-404/15 and C-659/15 PPU, EU:C:2016:198
- sentencia de 19 de abril de 2016, Dansk Industri (DI) contra Sucession Karsten Eigil Rasmussen, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 1 de junio de 2016, Bob Dogi, asunto C-241/15, ECLI:EU:C:2016:385
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, Karim, asunto C-155/15, ECLI:EU:C:2016:410
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, Ghezelbash, asunto C-63/15, ECLI:EU:C:2016:409
- Sentencia de 14 de junio de 2016 Comisión Europea c. Consejo de la Unión Europea C-263/14 ECLI:EU:C:2016:435
- Sentencia 19 de julio de 2016, H. contra Consejo y Comisión, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, asunto C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Tele2 Sverige AB, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2017, C.K., asunto C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de marzo de 2017, X y X, asunto C-638/16, ECLI:EU:C:2017:173
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Achbita, asunto C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017, Bougnaoui, asunto C-188/15, ECLI:EU:C:2017:204

### **Función consultiva**

- Dictamen 1/75 de 11 de noviembre de 1975, ECLI:EU:C:1975:145
- Dictamen 1/76 de 26 de abril de 1977, ECLI:EU:C:1991:490
- Dictamen 1/78, de 4 de octubre de 1979, ECLI:EU:C:1979:224
- Dictamen 1/91 de 14 de diciembre de 1991 ECLI:EU:C:1991:490
- Dictamen 1/92 de 10 de abril de 1992 ECLI:EU:C:1992:189
- Dictamen 1/00 de 18 de abril de 2002 ECLI:EU:C:2002:231
- Dictamen 1/09 de 8 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:123
- Dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996. ECLI:EU:C:1996:140
- Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014. ECLI:EU:C:2014:2454

### **Conclusiones de Abogados Generales**

- Ruiz Jarabo Colomer, conclusiones presentadas el 19 de septiembre de 2002, en los asuntos Gözütok (C-187/01) y Brügge (C-385/01)
- Poiares Maduro, conclusiones presentadas el 18 de enero de 2006, en el caso C-459/03 Comisión contra Irlanda
- Poiares Maduro, conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008, asunto C-402/05 P Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, ECLI:EU:C:2008:1
- Kokott, conclusiones presentadas el 28 de enero de 2010 en el asunto C-533/08 TNT Express Nederland B.V c. AXA Versicherung AG

- Kokott, conclusiones presentadas el 29 de abril de 2010, en el asunto C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd contra Comisión Europea, , ECLI:EU:C:2010:229
- Kokott, conclusiones presentadas el 6 de octubre de 2011, The Air Transport Association of America y otros, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:637
- Cruz Villalón, conclusiones presentadas el 12 de junio de 2012, asunto Akerberg Fransson (C-617/10), ECLI:EU:C:2012:340
- Bot, conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, asunto Melloni (C-399/11) ECLI:EU:C:2012:600
- Sharpston, conclusiones presentadas el 30 de mayo de 2013, en el asunto C-58/12 P Groupe Gascogne SA contra Comisión, ECLI:EU:C:2013:360
- Kokott, conclusiones presentadas el 13 de junio de 2014, Dictamen 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475
- Cruz Villalón, conclusiones presentadas el 4 de junio de 2015, en el asunto Delvigne (C-650/13) ECLI:EU:C:2015:363
- Bot, conclusiones presentadas el 3 de marzo de 2016, asuntos C-404/15 (Aranyosi) y C-659/15 (Căldăraru), ECLI:EU:C:2016:140
- Wathelet, conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2016 en el asunto C-104/16 Consejo de la Unión Europea contra Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario), ECLI:EU:C:2016:677
- Mengozzi conclusiones presentadas el 7 de febrero de 2017, X y X, asunto C-638/16 ECLI:EU:C:2017:93
- Tanchev, conclusiones presentadas el 9 de febrero de 2017, C.K., asunto C-578/16, ECLI:EU:C:2017:108
- Kokott, conclusiones presentadas el 30 de marzo de 2017, asunto C-73/16, Peter Puskar, ECLI:EU:C:2017:253

### **Órganos jurisdiccionales nacionales**

- **Tribunal Constitucional alemán:**
  - Sentencia del BverfG de 29 de mayo de 1974, 37, 271 (285) (Solange I)
  - sentencia del BverfG dictada el 22 de octubre de 1986 (BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83) (Solange II)
  - sentencia de 30 de junio de 2009, 123, 267,

- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, 2 BvR 2735/14
- sentencia de 21 de junio de 2016, 2728/13 Gauweiler
- **Tribunal Supremo de Dinamarca:**
  - Sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca de 6 de diciembre de 2016, asunto n °15/2014 Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S vs. The estate left by A
- **Tribunal Constitucional italiano:**
  - Sentencia de 27 de diciembre de 1973 en el caso 183/73, Frontini
  - Sentencia de 8 de junio de 1984 en el caso 170/1984, Granital
  - Sentencia de 22 de mayo de 1989 en el caso 232/1989, Fragd
- **Tribunal Supremo de Reino Unido**
  - Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido de 19 de febrero de 2014 en el asunto *R (E.M.(Eritrea) v. Sec. of State for the Home Department*.
- **Tribunal Supremo de Suecia**
  - Sentencia del Tribunal Supremo de Suecia de 25 de febrero de 2014, 461-11 *BillerudKorsnäs Sweden Ltd. / Agencia sueca de protección del medioambiente (Naturskyddsverket)*, NJA 2014,79
- **Tribunal Constitucional de Hungría**
  - Sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría de 30 de noviembre de 2016, asunto 22/2016

# FUENTES NORMATIVAS Y DOCUMENTALES

## FUENTES NORMATIVAS:

- **Tratados internacionales**

Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en vigor desde el 26 de febrero de 1965

Carta Social Europea revisada, firmada el 3 de mayo de 1996, en vigor desde el 1 de julio de 1999

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica fue firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 y entró en vigor el 1 de agosto de 2014

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, adoptado el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar Tratado internacional abierto a la firma por parte de los Estados el 10 de diciembre de 1982, en Montego Bay (Jamaica), en la 182ª sesión plenaria de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y en vigor desde el 16 de noviembre de 1994

Convenio de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de Tratados, adoptado el 23 de agosto de 1978 y entró en vigor el 6 de noviembre de 1996

Convenio de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado fue aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Sucesión de Estados en materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado el 7 de abril de 1983

- **Derecho Derivado de la Unión Europea**

Directiva 65/65 de 26 enero de 1965 del Consejo, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L. 369 el 9 de febrero de 1965

Reglamento nº 990/93, relativo al comercio entre la Comunidad Europea y el República Federal de Yugoslavia, que entró en vigor el 28 de abril de 1993, una vez publicado en el Diario Oficial de la Unión (L 102/14 (1993))

Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1)

Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 p.24).

Directiva 2010/64/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales (DOUE L 280, 26 octubre 2010, p. 1).

Directiva 2012/13/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE L 142, 1 junio 2012, p. 1).

Directiva 2013/48/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE L 294, 6 Noviembre 2013, p. 1).

## **FUENTES DOCUMENTALES:**

- **NACIONES UNIDAS**

Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 820 (1993) sobre sanciones contra Yugoslavia durante la guerra civil

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 61/611, 13 de diciembre de 2006.

- **CONSEJO DE EUROPA**

### **Asamblea Parlamentaria**

Resolución de la Asamblea Parlamentaria 915 (1989), de 9 de mayo de 1989

Informe sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Asamblea Parlamentaria, Comisión para asuntos jurídicos y derechos humanos del Consejo de Europa, 14 Septiembre 2000, nº 4465/00

Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1610 sobre la adhesión de la Unión Europea/Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2008

### **Comité de Ministros**

Memorándum de Entendimiento entre el Consejo de Europa y la Unión Europea, adoptado en la Sesión 117ª del Comité de Ministros, en Estrasburgo, los días 10-11 de mayo de 2007, CM (2007)74

### **Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa**

Informe sobre las cuestiones técnicas y jurídicas de una possible adhesión de la CE/UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa, Estrasburgo, 28 June 2002

Informe Final del Grupo II sobre incorporación de la Carta/adhesión al CEDH, CONV 354/02, Bruselas, 22 de octubre de 2002

Informe de la 75ª reunión del Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa, 19-22 junio 2012, Estrasburgo, 1 de julio de 2012

Informe sobre el future a largo plazo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa, CM(2015)176-add1 final, 7-11 diciembre 2015

## **• UNIÓN EUROPEA**

### **Comisión Europea**

Informe de la Comisión Europea enviado al Parlamento Europeo y al Consejo. COM (76) 37 final, 4 de febrero de 1976, (BOCE, supl. 5/76)

Memorándum de la Comisión Europea sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, COM (79) 210 final, 2 de mayo de 1979, (BOCE, supl. 2/79)

Comunicación de la Comisión sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como



a algunos de sus Protocolos adicionales, SEC (90) 2087 final, Bruselas, 19 de noviembre de 1990

Dictamen de la Comisión Europea sobre la adhesión de Bulgaria a la Unión Europea, DOC/97/11, Bruselas, 15 de julio de 1997

Comunicación de la Comisión “Sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, Bruselas 13-9-2000, (2000) 559 final

### **Consejo de la Unión Europea**

Decisión de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE), DO L 23 de 27.1.2010, pp. 35-36.

Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizando a la Comisión para que negocie un acuerdo de adhesión al CEDH [Doc. 10817, Ext 2 (27.09.2010)]

Documento del Consejo de la Unión Europea 16385/11 de 8 de noviembre de 2011 sobre la situación de la adhesión de la Unión al Convenio

Documento de trabajo de la Presidencia Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre la adhesión de la Unión Europea al CEDH, (FREMP) nº DS 1675/1, de 4 de noviembre de 2011

Documento de trabajo, contribución técnica de los servicios de la Comisión sobre el mecanismo del codemandado y el procedimiento de intervención previa del TJUE, DS 1216/15, 14 Abril 2015

Documento de trabajo del Consejo de la Unión Europea 15422/15 de 18 de diciembre de 2015

### **Consejo Europeo**

Consejo Europeo de Copenhague, 21 y 22 de junio de 1993, conclusiones de la Presidencia, <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/#> (último acceso: 7 de enero de 2017)

Consejo Europeo de Colonia, 3-4 junio de 1999, Conclusiones de la Presidencia, Anexo IV. Disponibles en: <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/#> (último acceso: 7 de enero de 2017)

## **Parlamento Europeo**

Resolution on the granting of special rights to the citizens of the European Community, in compliance with the decision of the Paris Summit of December 1974 (point 11 of the final communiqué). See OJ C 299, 12.12.1977, p. 26.

Resolution of 29 October 1982 embodying the opinion of the European Parliament on the memorandum from the Commission of European Communities on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Diario Oficial de las Comunidades C-304/253 (1982).

Resolución de 14 de febrero de 1984, que contenía el “proyecto Spinelli”. El Proyecto fue inicialmente publicado en la sección documental del Boletín EUROPE, números 1.287/88 y 1.289/90, de 3-1-1984. El texto finalmente votado, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 77. de 19111-1984.

Resolución por la que se aprueba la Declaración de los derechos y libertades fundamentales de 12 de abril de 1989, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 120 de 16.5.1989, p. 51

Resolución del Parlamento Europeo sobre la adhesión de la Comunidad al CEDH de 18 de enero de 1994 (Boletín UE C-44, 14 de febrero de 1994, 1994-1/2).

Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI))

Resolución del Parlamento Europeo de 10 de junio de 2015, sobre la situación en Hungría (2015/2700(RSP))

Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2013-2014) (2014/2254(INI)).

## **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Discussion document of the Court of Justice of the European Union on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 5 May 2010

Declaración Conjunta de los Presidentes Costa and Skouris, 17 enero 2011, disponible en [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf) (último acceso: 29 de abril de 2017)



# ANEXOS

## **ANEXO I. PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ADOPTADO EL 5 DE ABRIL DE 2013**

### **Appendix I**

#### **Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**

##### ***Preamble***

The High Contracting Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), signed at Rome on 4 November 1950 (hereinafter referred to as “the Convention”), being member States of the Council of Europe, and the European Union,

Having regard to Article 59, paragraph 2, of the Convention;

Considering that the European Union is founded on the respect for human rights and fundamental freedoms;

Considering that the accession of the European Union to the Convention will enhance coherence in human rights protection in Europe;

Considering, in particular, that any person, non-governmental organisation or group of individuals should have the right to submit the acts, measures or omissions of the European Union to the external control of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”);

Considering that, having regard to the specific legal order of the European Union, which is not a State, its accession requires certain adjustments to the Convention system to be made by common agreement,

Have agreed as follows:

#### **Article 1 – Scope of the accession and amendments to Article 59 of the Convention**

1. The European Union hereby accedes to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention.

2. Article 59, paragraph 2, of the Convention shall be amended to read as follows:

“2.a. The European Union may accede to this Convention and the protocols thereto. Accession of the European Union to the protocols shall be governed, *mutatis mutandis*, by Article 6 of the Protocol, Article 7 of Protocol No. 4, Articles 7 to 9 of Protocol No.

6, Articles 8 to 10 of Protocol No. 7, Articles 4 to 6 of Protocol No. 12 and Articles 6 to 8 of Protocol No. 13.

b. The Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms constitutes an integral part of this Convention.”

3. Accession to the Convention and the protocols thereto shall impose on the European Union obligations with regard only to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf. Nothing in the Convention or the protocols thereto shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under European Union law.

4. For the purposes of the Convention, of the protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union. This shall not preclude the European Union from being responsible as a co-respondent for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 36, paragraph 4, of the Convention and Article 3 of this Agreement.

5. Where any of the terms:

- “State”, “States”, or “States Parties” appear in Article 10 (paragraph 1) and 17 of the Convention, as well as in Articles 1 and 2 of the Protocol, in Article 6 of Protocol No. 6, in Articles 3, 4 (paragraphs 1 and 2), 5 and 7 of Protocol No. 7, in Article 3 of Protocol No. 12 and in Article 5 of Protocol No. 13, they shall be understood as referring also to the European Union as a non-state Party to the Convention;

- “national law”, “administration of the State”, “national laws”, “national authority”, or “domestic” appear in Articles 7 (paragraph 1), 11 (paragraph 2), 12, 13 and 35 (paragraph 1) of the Convention, they shall be understood as relating also, *mutatis mutandis*, to the internal legal order of the European Union as a non-state Party to the Convention and to its institutions, bodies, offices or agencies;

- “national security”, “economic well-being of the country”, “territorial integrity”, or “life of the nation” appear in Articles 6 (paragraph 1), 8 (paragraph 2), 10 (paragraph 2), 11 (paragraph 2), and 15 (paragraph 1) of the Convention, as well as in Article 2 (paragraph 3) of Protocol No. 4 and in Article 1 (paragraph 2) of Protocol No. 7, they shall be considered, in proceedings brought against the European Union or to which the European

Union is a co-respondent, with regard to situations relating to the member States of the European Union, as the case may be, individually or collectively.

6. Insofar as the expression “everyone within their jurisdiction” appearing in Article 1 of the Convention refers to persons within the territory of a High Contracting Party, it shall be understood, with regard to the European Union, as referring to persons within the territories of the member States of the European Union to which the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union apply. Insofar as this expression refers to persons outside the territory of a High Contracting Party, it shall be understood, with regard to the European Union, as referring to persons who, if the alleged violation in question had been attributable to a High Contracting Party which is a State, would have been within the jurisdiction of that High Contracting Party.

7. With regard to the European Union, the term “country” appearing in Article 5 (paragraph 1) of the Convention and in Article 2 (paragraph 2) of Protocol No. 4 and the term “territory of a State” appearing in Article 2 (paragraph 1) of Protocol No. 4 and in Article 1 (paragraph 1) of Protocol No. 7 shall mean each of the territories of the member States of the European Union to which the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union apply.

8. Article 59, paragraph 5, of the Convention shall be amended to read as follows:

“5. The Secretary General of the Council of Europe shall notify all the Council of Europe member States and the European Union of the entry into force of the Convention, the names of the High Contracting Parties who have ratified it or acceded to it, and the deposit of all instruments of ratification or accession which may be effected subsequently.”

## **Article 2 – Reservations to the Convention and its protocols**

1. The European Union may, when signing or expressing its consent to be bound by the provisions of this Agreement in accordance with Article 10, make reservations to the Convention and to the Protocol in accordance with Article 57 of the Convention.

2. Article 57, paragraph 1, of the Convention shall be amended to read as follows:

“1. Any State may, when signing this Convention or when depositing its instrument of ratification, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provision. The European Union may, when acceding to this Convention, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law of the European Union then in force is not in conformity with the provision. Reservations of a general character shall not be permitted under this Article.”

### **Article 3 – Co-respondent mechanism**

1. Article 36 of the Convention shall be amended as follows:

*a.* the heading of Article 36 of the Convention shall be amended to read as follows: “Third party intervention and co-respondent”;

*b.* a new paragraph 4 shall be added at the end of Article 36 of the Convention, which shall read as follows:

“4. The European Union or a member State of the European Union may become a co-respondent to proceedings by decision of the Court in the circumstances set out in the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. A co-respondent is a party to the case. The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent in the proceedings.”

2. Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.

3. Where an application is directed against the European Union, the European Union member States may become co-respondents to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under those instruments.

4. Where an application is directed against and notified to both the European Union and one or more of its member States, the status of any respondent may be changed to that of a co-respondent if the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met.

5. A High Contracting Party shall become a co-respondent either by accepting an invitation from the Court or by decision of the Court upon the request of that High Contracting Party. When inviting a High Contracting Party to become co-respondent, and when deciding upon a request to that effect, the Court shall seek the views of all parties to the proceedings. When deciding upon such a request, the Court shall assess whether, in the light of the reasons given by the High Contracting Party concerned, it is plausible that the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met.



6. In proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of European Union law as under paragraph 2 of this article, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.

7. If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible.

8. This article shall apply to applications submitted from the date of entry into force of this Agreement.

#### **Article 4 – Inter-Party cases**

The first sentence of Article 29, paragraph 2, of the Convention shall be amended to read as follows:

“A Chamber shall decide on the admissibility and merits of inter-Party applications submitted under Article 33”.

2. The heading of Article 33 of the Convention shall be amended to read as follows: “Inter-Party cases”.

#### **Article 5 – Interpretation of Articles 35 and 55 of the Convention**

Proceedings before the Court of Justice of the European Union shall be understood as constituting neither procedures of international investigation or settlement within the meaning of Article 35, paragraph 2.b, of the Convention, nor means of dispute settlement within the meaning of Article 55 of the Convention.

#### **Article 6 – Election of judges**

A delegation of the European Parliament shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges in accordance with Article 22 of the Convention. The delegation of the European Parliament shall have the same number of representatives as the delegation of the State which is entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe.

The modalities of the participation of representatives of the European Parliament in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and its relevant bodies shall be defined by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in co-operation with the European Parliament.

#### **Article 7 – Participation of the European Union in the meetings of the Committee of Ministers of the Council of Europe**

1. Article 54 of the Convention shall be amended to read as follows:

“Article 54 – Powers of the Committee of Ministers

1. Protocols to this Convention are adopted by the Committee of Ministers.
2. Nothing in this Convention shall prejudice the powers conferred on the Committee of Ministers by the Statute of the Council of Europe.”
2. The European Union shall be entitled to participate in the meetings of the Committee of Ministers, with the right to vote, when the latter takes decisions under Articles 26 (paragraph 2), 39 (paragraph 4), 46 (paragraphs 2 to 5), 47 and 54 (paragraph 1) of the Convention.
3. Before the adoption of any other instrument or text:
  - relating to the Convention or to any protocol to the Convention to which the European Union is a party and addressed to the Court or to all High Contracting Parties to the Convention or to the protocol concerned;
  - relating to decisions by the Committee of Ministers under the provisions referred to in paragraph 2 of this article; or
  - relating to the selection of candidates for election of judges by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe under Article 22 of the Convention,the European Union shall be consulted within the Committee of Ministers. The latter shall take due account of the position expressed by the European Union.
4. The exercise of the right to vote by the European Union and its member States shall not prejudice the effective exercise by the Committee of Ministers of its supervisory functions under Articles 39 and 46 of the Convention. In particular, the following shall apply:
  - a. in relation to cases where the Committee of Ministers supervises the fulfilment of obligations either by the European Union alone, or by the European Union and one or more of its member States jointly, it derives from the European Union treaties that the European Union and its member States express positions and vote in a co-ordinated manner. The Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of

judgments and of the terms of friendly settlements shall be adapted to ensure that the Committee of Ministers effectively exercises its functions in those circumstances.

b. where the Committee of Ministers otherwise supervises the fulfilment of obligations by a High Contracting Party other than the European Union, the member States of the European Union are free under the European Union treaties to express their own position and exercise their right to vote.

## **Article 8 – Participation of the European Union in the expenditure related to the Convention**

1. The European Union shall pay an annual contribution dedicated to the expenditure related to the functioning of the Convention. This annual contribution shall be in addition to contributions made by the other High Contracting Parties. Its amount shall be equal to 34% of the highest amount contributed in the previous year by any State to the Ordinary Budget of the Council of Europe.

2. a. If the amount dedicated within the Ordinary Budget of the Council of Europe to the expenditure related to the functioning of the Convention, expressed as a proportion of the Ordinary Budget itself, deviates in each of two consecutive years by more than 2.5 percentage points from the percentage indicated in paragraph 1, the Council of Europe and the European Union shall, by agreement, amend the percentage in paragraph 1 to reflect this new proportion.

b. For the purpose of this paragraph, no account shall be taken of a decrease in absolute terms of the amount dedicated within the Ordinary Budget of the Council of Europe to the expenditure related to the functioning of the Convention as compared to the year preceding that in which the European Union becomes a Party to the Convention.

The percentage that results from an amendment under paragraph 2.a may itself later be amended in accordance with this paragraph.

3. For the purpose of this article, the expression “expenditure related to the functioning of the Convention” refers to the total expenditure on:

a. the Court;

b. the supervision of the execution of judgments of the Court; and

c. the functioning, when performing functions under the Convention, of the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly and the Secretary General of the Council of Europe, increased by 15% to reflect related administrative overhead costs.

4. Practical arrangements for the implementation of this article may be determined by agreement between the Council of Europe and the European Union.

## **Article 9 – Relations with other agreements**

1. The European Union shall, within the limits of its competences, respect the provisions of:

a. Articles 1 to 6 of the European Agreement relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights of 5 March 1996 (ETS No. 161);

b. Articles 1 to 19 of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 2 September 1949 (ETS No. 2) and Articles 2 to 6 of its Protocol of 6 November 1952 (ETS No. 10), in so far as they are relevant to the operation of the Convention; and

c. Articles 1 to 6 of the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 5 March 1996 (ETS No. 162).

2. For the purpose of the application of the agreements and protocols referred to in paragraph 1, the Contracting Parties to each of them shall treat the European Union as if it were a Contracting Party to that agreement or protocol.

3. The European Union shall be consulted before any agreement or protocol referred to in paragraph 1 is amended.

4. With respect to the agreements and protocols referred to in paragraph 1, the Secretary General of the Council of Europe shall notify the European Union of:

a. any signature;

b. the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

c. any date of entry into force in accordance with the relevant provisions of those agreements and protocols; and

d. any other act, notification or communication relating to those agreements and protocols.

## **Article 10 – Signature and entry into force**

1. The High Contracting Parties to the Convention at the date of the opening for signature of this Agreement and the European Union may express their consent to be bound by:

a. signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or

b. signature with reservation as to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval.

2. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

3. This Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which all High Contracting Parties to the Convention mentioned in paragraph 1 and the European Union have expressed their consent to be bound by the Agreement in accordance with the provisions of the preceding paragraphs.

4. The European Union shall become a Party to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention at the date of entry into force of this Agreement.

#### **Article 11 – Reservations**

No reservation may be made in respect of the provisions of this Agreement.

#### **Article 12 – Notifications**

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the European Union and the member States of the Council of Europe of:

- a. any signature without reservation in respect of ratification, acceptance or approval;
- b. any signature with reservation in respect of ratification, acceptance or approval;
- c. the deposit of any instrument of ratification, acceptance or approval;
- d. the date of entry into force of this Agreement in accordance with Article 10;
- e. any other act, notification or communication relating to this Agreement.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Agreement.

## ANEXO II. DICTAMEN 2/13

### DICTAMEN 2/13 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Pleno)

de 18 de diciembre de 2014

#### Índice

- I. La solicitud de dictamen
- II. El marco institucional y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
  - A. El Consejo de Europa
  - B. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
    - 1. El título I del CEDH, denominado «Derechos y Libertades», y sus disposiciones sustantivas
    - 2. El título II del CEDH y los mecanismos de control
      - a) El TEDH
      - b) El funcionamiento del Comité de Ministros en el ejercicio de sus competencias de supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH
    - 3. El título III del CEDH, denominado «Disposiciones diversas»
    - 4. Los Protocolos del CEDH
- III. Las relaciones entre la Unión y el CEDH
- IV. El proceso de adhesión
- V. El Proyecto de acuerdo
  - A. Las disposiciones que regulan la adhesión propiamente dicha
  - B. Las demás disposiciones
- VI. Las apreciaciones formuladas por la Comisión en su solicitud de dictamen
  - A. Sobre la admisibilidad

B. Sobre el fondo

1. El artículo 1, letra a), del Protocolo nº 8 UE
2. El artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE
3. Los artículos 6 TUE, apartado 2, segunda frase, y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE
4. Los artículos 1, letra b), y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE
5. El artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE
6. El artículo 3 del Protocolo nº 8 UE

VII. Resumen de las principales observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

A. Sobre la admisibilidad de la solicitud de dictamen

B. Sobre el fondo

1. El artículo 1, letra a), del Protocolo nº 8 UE
2. El artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE
3. Los artículos 6 TUE, apartado 2, y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE
4. Los artículos 1, letra b), y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE
5. El artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE
6. El artículo 3 del Protocolo nº 8 UE

VIII. Apreciación del Tribunal de Justicia

A. Sobre la admisibilidad

B. Sobre el fondo

1. Consideraciones preliminares
2. Sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con el Derecho primario de la Unión
  - a) Sobre las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión
  - b) Sobre el artículo 344 TFUE
  - c) Sobre el mecanismo del codemandado
  - d) Sobre el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia

e) Sobre las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC

«Dictamen emitido en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 11 — Proyecto de acuerdo internacional — Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales — Compatibilidad de dicho Proyecto con los Tratados UE y FUE»

En el procedimiento de dictamen 2/13,

que tiene por objeto una solicitud de dictamen presentada por la Comisión Europea el 4 de julio de 2013 con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Pleno)

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente, el Sr. A. Tizzano (Ponente), la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. M. Ilešič, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Ó Caoimh, J.-C. Bonichot, C. Vajda y S. Rodin, Presidentes de Sala, y los Sres. E. Juhász, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits y A. Arabadjiev, la Sra. C. Toader, los Sres. M. Safjan y D. Šváby, las Sras. M. Berger y A. Prechal y los Sres. E. Jarašiūnas, C.G. Fernlund, J.L. da Cruz Vilaça y F. Biltgen, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretarios: Sres. A. Calot Escobar y M.-A. Gaudissart, jefe de unidad;

habiendo considerando los escritos obrantes en autos y celebrada la vista los días 5 y 6 de mayo de 2014;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. L. Romero Requena, H. Krämer, C. Ladenburger y B. Smulders, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno belga, por las Sras. M. Jacobs y C. Pochet, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno búlgaro, por las Sras. E. Petranova y D. Drambozova, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno checo, por los Sres. M. Smolek y E. Ruffer y por la Sra. J. Králová, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno danés, por el Sr. C. Thorning y la Sra. M. Wolff, en calidad de agentes;



- en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. T. Henze y la Sra. J. Kemper, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno estonio, por la Sra. K. Kraavi-Käerdi, en calidad de agente;
- en nombre de Irlanda, por la Sra. E. Creedon, el Sr. A. Joyce y la Sra. E. McPhillips, en calidad de agentes, asistidos por los Sres. E. Regan, SC, y C. Toland, BL, y por la Sra. C. Daly, Advisory Council;
- en nombre del Gobierno helénico, por las Sras. A. Samoni-Rantou y E.-M. Mamouna y por el Sr. K. Boskovits, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. M.A. Sampol Pucurull y la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por las Sras. E. Belliard y N. Rouam y por los Sres. G. de Bergues y D. Colas, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por el Sr. G. Albenzio, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno chipriota, por los Sres. K. Lykourgos, K. Kompos y N. Kyriakou, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno letón, por el Sr. I. Kalniņš y la Sra. D. Pelše, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno lituano, por el Sr. D. Kriauciūnas y las Sras. R. Krasuckaitė y A. Svinkūnaitė, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno húngaro, por el Sr. M.Z. Fehér, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. M.K. Bulterman y el Sr. J. Langer, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. A. Posch y la Sra. C. Pesendorfer, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno portugués, por el Sr. L. Inez Fernandes y la Sra. M.L. Duarte, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno rumano, por los Sres. R.H. Radu y V. Angelescu y por la Sra. A.-G. Văcaru, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno eslovaco, por la Sra. B. Ricziová, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno finlandés, por el Sr. J. Heliskoski y la Sra. H. Leppo, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno sueco, por la Sra. A. Falk y el Sr. M. Rhodin, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. S. Behzadi-Spencer, en calidad de agente, asistida por el Sr. D. Beard, QC;
- en nombre del Parlamento Europeo, por los Sres. R. Passos y P. Schonard y la Sra. E. Waldherr, en calidad de agentes;
- en nombre del Consejo de la Unión Europea, por los Sres. H. Legal y F. Naert y por las Sras. T. Blanchet y P. Plaza García, en calidad de agentes;

oída la Abogado General;

emite el presente

## **Dictamen**

### **I. La solicitud de dictamen**

1. La solicitud de dictamen presentada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Comisión Europea está redactada en los siguientes términos:

«¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; en lo sucesivo, “CEDH”]?»

2. La Comisión ha transmitido al Tribunal de Justicia, como anexos a su solicitud:

— El Proyecto revisado de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «Proyecto de Acuerdo»).

— El Proyecto de Declaración de la Unión Europea a realizar en el momento de la firma del Acuerdo de adhesión (en lo sucesivo, «Proyecto de Declaración»).

— El Proyecto de regla a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos en los asuntos en que sea parte la Unión Europea (en lo sucesivo, «Proyecto de regla 18»).

— El proyecto de Memorándum de Acuerdo entre la Unión Europea y X [Estado no miembro de la Unión Europea].

— El Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «Proyecto de Informe explicativo» y, conjuntamente con los demás instrumentos mencionados, «Proyectos de instrumentos de adhesión» o «Acuerdo previsto»).

## **II. El marco institucional y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**

### *A. El Consejo de Europa*

3. Mediante un acuerdo internacional firmado en Londres el 5 de mayo de 1949 que entró en vigor el 3 de agosto de 1949 (en lo sucesivo, «Estatuto del Consejo de Europa»), un grupo de diez Estados europeos creó el Consejo de Europa con el fin de realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer el progreso económico y social en Europa. En la actualidad, son miembros del Consejo de Europa 47 Estados europeos, entre ellos los 28 Estados miembros de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Estados miembros»).

4. Según el citado Estatuto, los órganos del Consejo de Europa son el Comité de representantes de los Gobiernos (en lo sucesivo, «Comité de Ministros») y la Asamblea Consultiva (en lo sucesivo, «Asamblea»), asistidos por la Secretaría del Consejo de Europa.

5. De conformidad con el artículo 14 del Estatuto del Consejo de Europa, el Comité de Ministros está compuesto por un representante por cada Miembro y cada representante tendrá un voto.

6. A tenor del artículo 15, letra a), del Estatuto del Consejo de Europa, «el Comité de Ministros examinará, por recomendación de la [Asamblea] o por iniciativa propia, las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de convenios y de acuerdos y la adopción por los Gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos. [...]». El mismo artículo, letra b), primera frase, precisa que «las conclusiones del Comité de Ministros podrán, si hubiere lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos».

7. El artículo 20 del Estatuto del Consejo de Europa regula los quórums necesarios para la adopción de resoluciones por el Comité de Ministros. Tiene la siguiente redacción:

«a) Se adoptarán por unanimidad de los votos emitidos, y por mayoría de los representantes con derecho a participar en las sesiones del Comité de Ministros, las resoluciones relativas a las siguientes cuestiones importantes:

i) las recomendaciones a que se refiere el artículo 15 b);

[...]

v) las recomendaciones relativas a las enmiendas de los artículos [...] 15 [y] 20 [...];

vi) cualquier otro asunto que el Comité, mediante resolución adoptada en las condiciones previstas en el siguiente apartado d), decidiese someter, por su importancia, a la regla de la unidad.

[...]

d) Todas las demás resoluciones del Comité se adoptarán por mayoría de dos tercios de los votos emitidos y por la mayoría de los representantes con derecho a formar parte de aquél, [...]»

8. Según el artículo 25 del mismo Estatuto, la Asamblea estará constituida por representantes de cada Miembro, elegidos por su Parlamento de entre los miembros de éste o designados por nombramiento de entre los mismos con arreglo a un procedimiento fijado por dicho Parlamento. Cada Miembro dispone de un número de representantes determinado por el artículo 26 de dicho Estatuto. El número más elevado de representantes es 18.

#### B. *El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*

9. El CEDH es un acuerdo internacional multilateral celebrado en el seno del Consejo de Europa que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Todos los miembros del Consejo de Europa se cuentan entre las Altas Partes Contratantes de dicho Convenio (en lo sucesivo, «Partes Contratantes»).

10. El CEDH consta de tres títulos.

1. El título I del CEDH, denominado «Derechos y Libertades», y sus disposiciones sustantivas

11. El título I del CEDH define los derechos y libertades que, con arreglo a su artículo 1, las Partes Contratantes «reconocen a toda persona bajo su jurisdicción». No se contempla excepción alguna a este compromiso, salvo la establecida en el artículo 15 del propio Convenio, a saber, «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación». En particular, no podrán en ningún caso establecerse excepciones a las obligaciones enunciadas en sus artículos 2 (derecho a la vida, salvo en caso de muerte resultante del recurso necesario a la fuerza), 3 (prohibición de la tortura), 4, apartado 1 (prohibición de la esclavitud), y 7 (*nulla poena sine lege*).

12. El artículo 6 del CEDH, titulado «Derecho a un proceso equitativo», dispone:

«1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por

ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.»

13. El artículo 13 del CEDH, titulado «Derecho a un recurso efectivo» está redactado en los siguientes términos:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.»

2. El título II del CEDH y los mecanismos de control

14. El título II del CEDH regula los mecanismos de control del respeto por las Partes Contratantes de los compromisos asumidos de conformidad con el artículo 1 del Convenio. Forman parte de este título, por ejemplo, el artículo 19 del CEDH, que crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), y el artículo 46, que

confiere al Comité de Ministros competencias en materia de supervisión de la ejecución de las sentencias de dicho Tribunal.

a) El TEDH

15. De conformidad con los artículos 20 y 22 del CEDH, los jueces del TEDH, cuyo número es igual al de Partes Contratantes, los elige la Asamblea, por cada Parte Contratante, de una lista de tres candidatos presentada por esa Parte Contratante.

16. El artículo 32 del CEDH atribuye al TEDH la competencia para interpretar y aplicar dicho Convenio en las condiciones previstas, en particular, en sus artículos 33 y 34.

17. En virtud del artículo 33 del CEDH, si se trata de un asunto interestatal, éste podrá someterse al TEDH mediante una demanda que enfrente a dos (o más) Partes Contratantes y que tenga por objeto cualquier supuesto incumplimiento de lo dispuesto en dicho Convenio y sus Protocolos.

18. A tenor del artículo 34, primera frase, del CEDH, el TEDH «podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las [Partes Contratantes] de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos».

19. El CEDH supedita la admisibilidad de una demanda individual, entre otras, a las cuatro condiciones siguientes. En primer lugar, en virtud del artículo 34 del Convenio, el demandante debe poder considerarse víctima de una violación de los derechos reconocidos en el mismo o en sus Protocolos. En segundo lugar, de conformidad con el artículo 35, apartado 1, de dicho Convenio, el demandante debe haber agotado las vías de recurso «internas», es decir, las establecidas en el ordenamiento jurídico de la Parte Contratante contra la que se dirige la demanda. Esta condición de admisibilidad es reflejo del principio de que el mecanismo de control instaurado por el CEDH tiene carácter subsidiario con respecto a los mecanismos de protección de los derechos humanos existentes en las Partes Contratantes (TEDH, *Akdivar y otros c. Turquía*, nº 21893/93, § 65 y 66, 16 de septiembre de 1996, y *Burden c. Reino Unido*, nº 13378/05, § 42, 29 de abril de 2008). En tercer lugar, en virtud de la misma disposición, la demanda debe presentarse en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva. En cuarto lugar, en virtud del artículo 35, apartado 2, letra b), del Convenio, la admisibilidad de una demanda está supeditada a la condición de que no sea «esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el [TEDH] o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de acuerdo», a menos que contenga hechos nuevos.

20. El procedimiento ante el TEDH concluye bien con una decisión o una sentencia en las que el TEDH declara que la demanda es inadmisibile o que no ha habido violación del CEDH, o bien con una sentencia que declara la violación del Convenio. Esta sentencia es declarativa y no afecta a la validez de los actos impugnados de la Parte Contratante.

21. Una sentencia del TEDH dictada por la Gran Sala es definitiva, de conformidad con el artículo 44, apartado 1, del CEDH. De la lectura conjunta de los artículos 43 y 44, apartado 2, del CEDH se desprende que una sentencia dictada por una Sala del TEDH pasa a ser definitiva cuando las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala, o cuando tal solicitud haya sido rechazada por el colegio de ésta, o también cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto a la Gran Sala transcurridos tres meses desde la fecha de la sentencia.

22. De conformidad con el artículo 46, apartado 1, del CEDH, las Partes Contratantes están obligadas a acatar las sentencias definitivas del TEDH en los litigios en que sean parte. En virtud de esta disposición, una Parte Contratante tiene la obligación, por un lado, de adoptar respecto del demandante todas las medidas individuales aplicables con arreglo a su Derecho interno para eliminar las consecuencias de la violación declarada en la sentencia del TEDH (*restitutio in integrum*). Si el Derecho interno de la Parte Contratante de que se trate sólo permite reparar de manera imperfecta las consecuencias de esa violación, el artículo 41 del Convenio dispone que el TEDH concederá «una satisfacción equitativa» al demandante. Por otro lado, una Parte Contratante está obligada a adoptar las medidas de carácter general, como una modificación de su ordenamiento jurídico interno, cambios jurisprudenciales u otro tipo de medidas, para prevenir nuevas violaciones análogas a las comprobadas por dicho Tribunal o poner término a las violaciones subsistentes en el citado ordenamiento.

b) El funcionamiento del Comité de Ministros en el ejercicio de sus competencias de supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH

23. El artículo 46, apartado 2, del CEDH encomienda al Comité de Ministros la supervisión de la ejecución de las sentencias definitivas del TEDH que declaren la existencia de una violación de dicho Convenio. Asimismo, en virtud del artículo 39, apartado 4, de éste, el Comité de Ministros supervisa la ejecución de los términos de un acuerdo amistoso de solución de un asunto, conforme a lo previsto en el apartado 1 de dicho artículo.

24. En virtud de estas competencias, el Comité de Ministros examina, fundamentalmente, si la Parte Contratante ha tomado todas las medidas necesarias para ajustarse a la sentencia definitiva del TEDH o, en su caso, para ejecutar los términos de un acuerdo amistoso. El ejercicio de tales competencias se rige por las «Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos» (en lo sucesivo, «Reglas para la supervisión de la ejecución»).

25. Según la regla 17 de las Reglas para la supervisión de la ejecución, el Comité de Ministros adopta una «resolución final» si llega a la conclusión de que la Parte Contratante ha adoptado todas las medidas necesarias para ajustarse a la sentencia definitiva del TEDH o, en su caso, para ejecutar los términos de un acuerdo amistoso. De conformidad con la regla 16 de las mencionadas Reglas, el Comité de Ministros puede adoptar «resoluciones provisionales» para «determinar el estado de la ejecución o, en su

caso, expresar su preocupación y/o formular sugerencias relativas a la ejecución». La adopción de estos dos tipos de resoluciones requiere el quórum previsto en el artículo 20, letra d), del Estatuto del Consejo de Europa.

26. Según el artículo 46, apartados 3 y 4, del CEDH, el Comité de Ministros, por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del mismo, puede, por un lado, cuando considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, formular al TEDH una solicitud de interpretación. Por otro lado, cuando considere que una Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva en un asunto en el que es parte, puede plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación derivada del apartado 1 del mismo artículo. Si el Tribunal declara que tal obligación se ha incumplido, remite el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que hayan de adoptarse. Si no se declara la existencia de incumplimiento, se remite el asunto a este último, que, con arreglo al apartado 5 de dicho artículo, pondrá fin a su examen.

27. El CEDH atribuye asimismo al Comité de Ministros otras competencias. Por ejemplo, de conformidad con su artículo 26, apartado 2, puede, a petición del Pleno del Tribunal, y por decisión unánime, reducir por un período determinado de siete a cinco el número de jueces de las Salas, y con arreglo al artículo 47 de dicho Convenio, solicitar al TEDH una opinión consultiva acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.

28. Por último, a tenor del artículo 50 del CEDH, los gastos de funcionamiento del TEDH correrán a cargo del Consejo de Europa.

3. El título III del CEDH, denominado «Disposiciones diversas»

29. Con arreglo al artículo 53 del CEDH, ninguna de sus disposiciones se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

30. En virtud del artículo 55 del CEDH, las Partes Contratantes renuncian recíprocamente, salvo compromiso especial, a someter una diferencia surgida de la interpretación o de la aplicación de dicho Convenio a un procedimiento de solución distinto de los previstos en éste.

31. El artículo 57, apartado 1, del CEDH permite a las Partes Contratantes formular, en el momento de la firma del Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, «una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo», si bien prohíbe las «reservas de carácter general».

4. Los Protocolos del CEDH



32. Una serie de catorce Protocolos completa el CEDH.

33. Un primer grupo de Protocolos, que incluye el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «Protocolo adicional»), y los Protocolos n<sup>os</sup> 4, 6, 7, 12 y 13, completa el contenido del CEDH estableciendo derechos fundamentales adicionales. Todos los Estados miembros son Partes Contratantes del Protocolo adicional y del Protocolo n<sup>o</sup> 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte (en lo sucesivo, «Protocolo n<sup>o</sup> 6»). En cambio, los restantes Protocolos cuentan sólo con un número limitado de Estados miembros entre sus Partes Contratantes.

34. Un segundo grupo de Protocolos, que incluye los Protocolos n<sup>os</sup> 2, 3, 5, 8 a 11 y 14 se limitó a introducir modificaciones en el CEDH y carece de contenido autónomo. Por lo demás, la mayoría de estos Protocolos han sido derogados o han quedado sin objeto.

35. Entre los Protocolos de este segundo grupo, el más relevante a efectos de la presente solicitud de dictamen es el Protocolo n<sup>o</sup> 14 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el que se modifica el mecanismo de control establecido por el Convenio, que fue aprobado el 13 de mayo de 2004 y entró en vigor el 1 de junio de 2010. Mediante el artículo 17 de este Protocolo se modificó el artículo 59, apartado 2, del CEDH para contemplar el principio mismo de la adhesión de la Unión al Convenio. Dicha disposición tiene actualmente la siguiente redacción:

«La Unión Europea podrá adherirse al [CEDH].»

36. Por último, se encuentran abiertos a la firma dos Protocolos adicionales que aún no han entrado en vigor. Se trata del Protocolo n<sup>o</sup> 15 de enmienda del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que modifica el CEDH sobre aspectos relativamente menores, y del Protocolo n<sup>o</sup> 16 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado el 2 de octubre de 2013 (en lo sucesivo, «Protocolo n<sup>o</sup> 16»), que en su artículo 1, apartado 1, contempla la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de las Partes Contratantes dirijan al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos por el CEDH o sus Protocolos.

### **III. Las relaciones entre la Unión y el CEDH**

37. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (sentencias Internationales

Handelsgesellschaft, 11/70, EU:C:1970:114, apartado 4, y Nold/Comisión, 4/73, EU:C:1974:51, apartado 13). En este contexto, el Tribunal de Justicia ha precisado que el CEDH reviste un significado particular (véanse, en particular, las sentencias ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 41, y Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008:461, apartado 283). El artículo F, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, que, tras su modificación, pasó a ser el artículo 6 UE, apartado 2, codificó esta jurisprudencia.

38. En los apartados 34 y 35 de su dictamen 2/94 (EU:C:1996:140), el Tribunal de Justicia consideró que en el estado del Derecho comunitario entonces vigente, la Comunidad no tenía competencia para adherirse al Convenio. Declaró que tal adhesión habría entrañado un cambio sustancial del régimen comunitario existente de protección de los derechos humanos, en la medida en que habría implicado la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario. Añadió que una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales habrían sido asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, habría tenido una envergadura constitucional y habría sobrepasado pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235 del Tratado CE (posteriormente artículo 308 CE), disposición actualmente contenida en el artículo 352 TFUE, apartado 1, lo que únicamente habría podido realizarse a través de una modificación del Tratado.

39. Entretanto, el 7 de diciembre de 2000, el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión proclamaron en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C 364, p. 1; en lo sucesivo, «Carta»). Dicha Carta, que no constituía entonces un instrumento jurídico vinculante, tiene como principal objetivo, según se desprende de su Preámbulo, reafirmar «los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del [CEDH], de las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] y del [TEDH]» (véase, en este sentido, la sentencia Parlamento/Consejo, C-540/03, EU:C:2006:429, apartado 38).

40. El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, modificó el artículo 6 UE. Dicha disposición, en su versión modificada, que constituye desde entonces el artículo 6 TUE, tiene la siguiente redacción:

«1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la [Carta], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al [CEDH]. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el [CEDH] y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

41. A este respecto, el artículo 218 TFUE, apartado 6, párrafo segundo, letra a), inciso ii), prevé que el Consejo adoptará la decisión de celebración del acuerdo de adhesión de la Unión al CEDH (en lo sucesivo, «acuerdo de adhesión») previa aprobación del Parlamento. Además, el apartado 8 de ese mismo artículo precisa que, para ello, el Consejo se pronunciará por unanimidad y que su decisión entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

42. Entre los Protocolos de los Tratados UE y FUE, que, según el artículo 51 TUE, forman parte integrante de los mismos, debe mencionarse el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «Protocolo nº 8 UE»). Este Protocolo consta de tres artículos, redactados en los siguientes términos:

#### *«Artículo 1*

El [acuerdo de adhesión previsto] en el apartado 2 del artículo 6 del [TUE], estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a:

- a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del [CEDH];
- b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

#### *Artículo 2*

El acuerdo a que se refiere el artículo 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del [CEDH], en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que

adopten los Estados miembros como excepción al [CEDH] con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al [CEDH] formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57.

### *Artículo 3*

Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al artículo 344 [TFUE].»

43. La Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, tiene la siguiente redacción:

«La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al [CEDH] debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el [Tribunal de Justicia] y el [TEDH], diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio.»

44. El artículo 52, apartado 3, de la Carta dispone:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.»

45. Por último, a tenor del artículo 53 de la Carta:

«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el [CEDH], así como por las constituciones de los Estados miembros.»

## **IV. El proceso de adhesión**

46. A raíz de una recomendación de la Comisión de 17 de marzo de 2010, el Consejo adoptó una decisión, el 4 de junio de 2010, por la que autorizaba la apertura de las negociaciones relativas al acuerdo de adhesión y designó a la Comisión como negociador.

47. Un anexo del mandato de negociación complementario del Consejo de 26 y 27 de abril de 2012 enumera los principios que deben ser objeto de las normas internas de la Unión cuya adopción es necesaria para hacer efectiva la adhesión de la Unión al CEDH (en lo sucesivo, «normas internas»). Según este documento, las normas internas tratarán en particular de la representación de la Unión ante el TEDH, de la activación del mecanismo del codemandado ante éste y de las normas de coordinación para la gestión

del procedimiento ante este mismo Tribunal por el demandado y el codemandado, de la elección de tres candidatos para el puesto de Juez del TEDH, del sistema de intervención previa del Tribunal de Justicia y de los casos en que la Unión adoptará una posición y aquellos en que los Estados miembros conservarán su libertad de palabra y de acción en el TEDH y en el Comité de Ministros.

48. El 5 de abril de 2013, las negociaciones concluyeron con un acuerdo entre los negociadores sobre los proyectos de instrumentos de adhesión. Los negociadores convinieron en que todos estos textos constituyen un conjunto y que todos son igualmente necesarios para que la Unión pueda adherirse al CEDH.

## V. El Proyecto de acuerdo

49. El Proyecto de acuerdo contiene las disposiciones que se consideran necesarias para que la Unión pueda adherirse al CEDH. Un primer grupo de estas disposiciones se refiere a la adhesión propiamente dicha e introduce los mecanismos procedimentales necesarios para hacer posible la adhesión efectiva. Un segundo grupo de las citadas disposiciones, de carácter puramente técnico, prevé, por una parte, las modificaciones del Convenio que son obligadas habida cuenta de que fue redactado para aplicarse a los Estados miembros del Consejo de Europa, mientras que la Unión no es ni un Estado ni un miembro de dicha organización internacional. Por otra parte, se contemplan disposiciones referentes a otros instrumentos vinculados al CEDH así como las cláusulas finales relativas a la entrada en vigor y las notificaciones de las actas de ratificación o de adhesión.

### A. *Las disposiciones que regulan la adhesión propiamente dicha*

50. Habida cuenta del artículo 59, apartado 2, del CEDH, el artículo 1, apartado 1, del Proyecto de acuerdo dispone que, mediante dicho acuerdo, la Unión se adhiere al CEDH, al Protocolo adicional y al Protocolo nº 6, es decir a los dos Protocolos de los que ya son parte todos los Estados miembros.

51. El artículo 1, apartado 2, del Proyecto de acuerdo modifica el artículo 59, apartado 2, del CEDH para, por una parte, hacer posible la posterior adhesión de la Unión a otros Protocolos, adhesión que seguirá rigiéndose, *mutatis mutandis*, por las disposiciones pertinentes de cada Protocolo, y, por otra parte, precisar que el Acuerdo de adhesión «forma parte integrante del [CEDH]».

52. A tenor del artículo 2, apartado 1, del Proyecto de acuerdo, en el momento de firmar o expresar su consentimiento en obligarse por las disposiciones del Acuerdo de adhesión con arreglo a su artículo 10, la Unión podrá formular reservas al CEDH y a su Protocolo adicional, de conformidad con el artículo 57 del Convenio. En cambio, el artículo 4 del Protocolo nº 6 dispone que no se aceptará ninguna reserva a las disposiciones del Protocolo. Además, el artículo 2, apartado 2, del Proyecto de acuerdo introduce en el citado artículo 57 una nueva frase, a cuyo tenor la Unión «podrá, en el momento de la adhesión al [CEDH], formular una reserva relativa a una determinada disposición del

mismo, en la medida en que una disposición del [Derecho de la Unión] entonces vigente no sea conforme con aquélla». Por otra parte, el artículo 11 del Proyecto de acuerdo precisa que no se admitirá ninguna reserva a las disposiciones de dicho Acuerdo.

53. Según el artículo 1, apartado 3, del Proyecto de acuerdo, la adhesión al CEDH y a sus Protocolos, por una parte, únicamente impone obligaciones a la Unión en lo que respecta a los actos, medidas u omisiones de sus instituciones, órganos, organismos o agencias, o de personas que actúen en nombre de éstos. Por otra parte, ninguna de las disposiciones de dicho Convenio o de sus Protocolos puede imponer a la Unión la obligación de llevar a cabo un acto o adoptar una medida para los que carezca de competencia en virtud del Derecho de la Unión.

54. A la inversa, el artículo 1, apartado 4, primera frase, del Proyecto de acuerdo precisa que, a efectos del CEDH, de sus Protocolos y del propio Acuerdo de adhesión, un acto, una medida o una omisión de los órganos de un Estado miembro o de personas que actúen en su nombre se imputarán a dicho Estado, aunque ese acto, medida u omisión se produzcan al aplicar el Estado miembro el Derecho de la Unión, incluidas las decisiones adoptadas sobre la base de los Tratados UE y FUE. La segunda frase del mismo apartado precisa que ello no impide que la Unión pueda ser responsable, en calidad de codemandada, de una violación resultante de tal acto, medida u omisión, de conformidad con el artículo 3 del Proyecto de acuerdo, en particular.

55. Este artículo 3 instauro el mecanismo del codemandado. Para ello, su apartado 1 modifica el artículo 36 del CEDH, añadiendo un apartado 4 que prevé, por una parte, que la Unión o un Estado miembro pueden ser codemandados en un procedimiento ante el TEDH en las circunstancias establecidas, fundamentalmente, en los apartados 2 a 8 de dicho artículo 3 y, por otra parte, que el codemandado es parte en el asunto.

56. El artículo 3, apartados 2 a 8, del Proyecto de acuerdo tiene la siguiente redacción:

«2. Cuando se presente una demanda contra uno o varios Estados miembros de la Unión Europea, ésta podrá ser codemandada en el procedimiento relativo a una violación alegada, notificada por el [TEDH], si se pone de manifiesto que esa alegación cuestiona la compatibilidad de una disposición del Derecho de [la Unión], incluidas las decisiones adoptadas sobre la base del [Tratado UE] y del [Tratado FUE], con los correspondientes derechos garantizados por el [CEDH] o por los Protocolos a los que se haya adherido la Unión, en particular cuando tal violación únicamente hubiera podido evitarse incumpliendo una obligación derivada del Derecho de la [Unión].

3. Cuando se presente una demanda contra [la Unión], los [Estados miembros] podrán ser codemandados en el procedimiento relativo a una violación alegada, notificada por el [TEDH], si se pone de manifiesto que esa alegación cuestiona la compatibilidad de una disposición del [Tratado UE], del [Tratado FUE] o de cualquier otra disposición que tenga el mismo valor jurídico con arreglo a estos instrumentos, con los derechos en cuestión garantizados por el [CEDH] o por los Protocolos a los que se haya adherido la Unión, en

particular cuando tal violación únicamente hubiera podido evitarse incumpliendo una obligación derivada de dichos instrumentos.

4. Cuando se presente y notifique una demanda contra la Unión y, a la vez, contra uno o varios Estados miembros, el estatus de demandado podrá transformarse en el de codemandado si concurren los requisitos establecidos en el apartado 2 o en el apartado 3 del presente artículo.

5. Una [Parte Contratante] se convertirá en codemandada o bien aceptando una invitación del [TEDH], o bien por decisión del [TEDH] a solicitud de la propia [Parte Contratante]. Al invitar a una [Parte Contratante] a ser codemandada y al pronunciarse sobre una solicitud en este sentido, el [TEDH] consultará a todas las partes del procedimiento. Al pronunciarse sobre tal solicitud, el [TEDH] valorará si, a la luz de las alegaciones presentadas por la [Parte Contratante] de que se trate, resulta verosímil que concurren los requisitos establecidos en el apartado 2 o en el apartado 3 del presente artículo.

6. Cuando [la Unión] sea codemandada en un procedimiento y [el Tribunal de Justicia] no haya examinado aún la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión con los derechos en cuestión garantizados por el [CEDH] o por los Protocolos a los que se haya adherido [la Unión], de conformidad con el apartado 2 del presente artículo, se concederá al [Tribunal de Justicia] el tiempo necesario para llevar a cabo tal examen, y posteriormente a las partes para formular sus observaciones al [TEDH]. La [Unión] velará por que ese examen se efectúe rápidamente, de modo que no se prolongue indebidamente el procedimiento ante el [TEDH]. Las disposiciones del presente apartado no afectarán a las competencias del [TEDH].

7. Si se declara la existencia de la violación en relación con la cual una [Parte Contratante] es codemandada en un procedimiento, el demandado y el codemandado serán conjuntamente responsables de dicha violación, a menos que el [TEDH], basándose en las alegaciones presentadas por el demandado y el codemandado, y tras haber oído al demandante, decida que sólo uno de ellos será considerado responsable.

8. El presente artículo se aplicará a las demandas interpuestas desde la entrada en vigor del presente [Acuerdo de adhesión].»

57. Por último, el artículo 5 del Proyecto de acuerdo precisa que los procedimientos ante el Tribunal de Justicia no deberán considerarse procedimientos internacionales de investigación o de arreglo, en el sentido del artículo 35, apartado 2, letra b), del CEDH, ni modos de solución de controversias en el sentido del artículo 55 de éste.

#### B. *Las demás disposiciones*

58. En primer lugar, un conjunto de disposiciones va dirigido, ante todo, a adaptar las disposiciones del CEDH o de sus Protocolos que hacen referencia a las Partes Contratantes como «Estados» o a elementos propios del concepto de Estado.

59. Así, el artículo 1, apartado 5, del Proyecto de acuerdo contiene una cláusula interpretativa según la cual, tras la adhesión, los términos «Estado», «Estados», «Estados parte», «Derecho nacional», «Administración del Estado», «leyes nacionales», «internas», «seguridad nacional», «bienestar económico del país», «integridad territorial» y «vida de la nación» que figuran en diversas disposiciones del CEDH y de algunos de sus Protocolos deberán considerarse igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, a la Unión como Parte Contratante.

60. Por lo que se refiere más específicamente a los aspectos territoriales, a tenor del artículo 1, apartado 6, del Proyecto de acuerdo, la expresión «toda persona bajo su jurisdicción» que figura en el artículo 1 del CEDH se entiende referida, en lo que respecta a la Unión, a las personas que se hallan en los territorios de los Estados miembros a los que se aplican los Tratados UE y FUE. Cuando dicha expresión se refiera a personas que no se hallen en el territorio de una Parte Contratante, se entenderá referida a aquellas personas que, de haber sido imputable la supuesta violación a una Parte Contratante que sea un Estado, habrían estado bajo la jurisdicción de esa Parte Contratante. Además, el apartado 7 del mismo artículo dispone que, en lo que respecta a la Unión, los términos «país», «territorio» y «territorio de un Estado» que figuran en diversas disposiciones del CEDH y de algunos de sus Protocolos designan a cada uno de los territorios de los Estados miembros a los que se aplican los Tratados UE y FUE.

61. A continuación, el artículo 1, apartado 8, del Proyecto de acuerdo modifica el artículo 59, apartado 5, del CEDH en el sentido de que en lo sucesivo el Secretario General del Consejo de Europa notificará también a la Unión la entrada en vigor de dicho Convenio, los nombres de las Partes Contratantes que lo hayan ratificado o se hayan adherido a él, así como el depósito de todo instrumento de ratificación o de adhesión que se haya efectuado posteriormente.

62. Por último, el artículo 4 del Proyecto de acuerdo modifica la primera frase del artículo 29, apartado 2, del CEDH y el título del artículo 33 de éste sustituyendo los términos «demandas interestatales» y «asuntos interestatales», respectivamente, por los términos «demandas entre las Partes» y «asuntos entre las Partes».

63. En segundo lugar, determinadas modificaciones del CEDH se han considerado necesarias debido a la circunstancia de que la Unión no es miembro del Consejo de Europa.

64. A este respecto, el artículo 6, apartado 1, del Proyecto de Acuerdo prevé que una delegación del Parlamento Europeo tendrá derecho a participar, con derecho a voto, en las sesiones de la Asamblea cuando ésta ejerza sus funciones relativas a la elección de los Jueces del TEDH. Esta delegación tendrá el mismo número de representantes que la delegación del Estado miembro del Consejo de Europa que tenga el mayor número de representantes. Según el apartado 2 de ese mismo artículo, «las modalidades de participación de los representantes del Parlamento Europeo en las sesiones de la



[Asamblea] y de sus órganos pertinentes serán definidas por la [Asamblea] en cooperación con el Parlamento Europeo».

65. Por lo que se refiere al Comité de Ministros, en primer lugar, el artículo 7, apartado 1, del Proyecto de acuerdo modifica el artículo 54 del CEDH añadiéndole un nuevo apartado 1, a tenor del cual «los Protocolos de [este Convenio] serán aprobados por el Comité de Ministros». Seguidamente, según el apartado 2 del mismo artículo, la Unión tiene derecho a participar, con derecho a voto, en las reuniones del Comité de Ministros cuando éste adopte decisiones sobre la base de determinadas disposiciones del CEDH, a saber, sus artículos 26, apartado 2 (reducción del número de Jueces de las Salas), 39, apartado 4 (supervisión de la ejecución de un acuerdo amistoso), 46, apartados 2 a 5 (ejecución de las sentencias del TEDH), 47 (solicitud de opiniones consultivas) y 54, apartado 1 (poderes del Comité de Ministros). Además, el apartado 3 del citado artículo 7 dispone que, antes de la adopción de cualquier texto relativo al CEDH o a alguno de sus Protocolos del que la Unión haya pasado a ser parte, a las decisiones del Comité de Ministros en virtud de las disposiciones mencionadas en el apartado 2 de este artículo, o a la selección de los candidatos para la elección de los Jueces por la Asamblea, se consultará a la Unión en dicho Comité, que estará obligado a tener debidamente en cuenta la posición expresada por la Unión. Por último, el artículo 7, apartado 4, primera frase, del Proyecto de acuerdo enuncia el principio según el cual el ejercicio del derecho de voto por la Unión y sus Estados miembros no perjudicará al ejercicio efectivo por el Comité de Ministros de sus funciones de supervisión de conformidad con los artículos 39 y 46 del CEDH (ejecución de los acuerdos amistosos y de las sentencias del TEDH). Más específicamente, el referido apartado 4, letra a), tras haber recordado que «en los asuntos en que el Comité de Ministros supervise el cumplimiento de las obligaciones, bien de la [Unión] sola, bien de la [Unión] y de uno o varios de sus Estados miembros conjuntamente, se desprende de los Tratados de la [Unión] que la [Unión] y sus Estados miembros expresarán posiciones y votarán de forma coordinada», dispone que las Reglas para la supervisión de la ejecución de las sentencias y los términos de los acuerdos amistosos «se adoptarán de forma que permitan al Comité de Ministros, en tales circunstancias, ejercer sus funciones de manera efectiva». En cambio, a tenor de ese mismo apartado 4, letra b), «en los asuntos distintos de los [contemplados en la letra a)], cuando el Comité de Ministros supervise el cumplimiento de sus obligaciones por una [Parte Contratante] distinta de la [Unión], los [Estados miembros] serán libres, de conformidad con los Tratados de la [Unión], de expresar su posición y de ejercer su derecho a voto».

66. Precisamente para aplicar el artículo 7, apartado 4, letra a), los negociadores acordaron añadir a las Reglas para la supervisión de la ejecución una regla 18 titulada «Sentencias y acuerdos amistosos en los asuntos en que la Unión Europea es parte ». El texto de esta nueva regla 18 es el siguiente:

«1. Las decisiones del Comité de Ministros adoptadas de conformidad con la Regla nº 17 (Resolución final) de las presentes Reglas se considerarán aprobadas si cuentan con

una mayoría a favor de cuatro quintos de los representantes que tomen parte en la votación y dos tercios de los representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

2. Las decisiones del Comité de Ministros adoptadas de conformidad con la Regla nº 10 (Decisión de solicitar al [TEDH] la interpretación de una sentencia) y con la Regla nº 11 (Recurso por incumplimiento) de las presentes Reglas se considerarán aprobadas si está a favor una cuarta parte de los representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

3. Las decisiones sobre las cuestiones de procedimiento y por las que se solicite información se considerarán aprobadas si está a favor una quinta parte de los representantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

4. Las enmiendas a las disposiciones de la presente Regla requerirán el consenso de todas las [Partes Contratantes] del [CEDH].»

67. Por lo que respecta a la participación en los gastos relacionados con el CEDH, el artículo 8 del Proyecto de Acuerdo dispone que la Unión pagará una contribución anual al presupuesto del Consejo de Europa, destinada a los gastos de funcionamiento de dicho Convenio, que se añadirá a las contribuciones de las demás Partes Contratantes.

68. En tercer lugar, el Proyecto de acuerdo incluye una disposición referente a las relaciones del CEDH con otros Acuerdos celebrados en el seno del Consejo de Europa y que están relacionados con dicho Convenio. Así, a tenor del artículo 9, apartado 1, del Proyecto de acuerdo, la Unión se compromete a respetar, dentro de los límites de sus competencias, los artículos 1 a 6 del Acuerdo europeo relativo a las personas que participan en procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hecho en Estrasburgo el 5 de marzo de 1996, el Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, hecho en París el 2 de septiembre de 1949, los artículos 2 a 6 del Protocolo Adicional al Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1952, y los artículos 1 a 6 del Sexto Protocolo Adicional al Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 5 de marzo de 1996. Además, el artículo 9, apartado 2, del Proyecto de acuerdo establece que, a efectos de la aplicación de cada uno de estos instrumentos, las Partes Contratantes se comprometen a tratar a la Unión Europea como una Parte Contratante. Los apartados 3 y 4 del mismo artículo prevén, respectivamente, que se consulte a la Unión en caso de modificación de esos mismos instrumentos y que se le notifiquen acontecimientos como la firma, el depósito, la fecha de entrada en vigor o cualquier otro acto relativo a ellos.

69. Por último, los artículos 10 y 12 del Proyecto de acuerdo, titulados «Firma y entrada en vigor» y «Notificaciones», respectivamente, contienen las cláusulas finales.

70. Conviene precisar, además, que, a tenor del Proyecto de declaración, letra a), «en el momento de su adhesión al [CEDH], la [Unión] procurará: [...] solicitar ser codemandada

en el procedimiento ante el [TEDH] o aceptar una invitación del [TEDH] al respecto, cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 2, del Acuerdo de adhesión [...]».

## **VI. Las apreciaciones formuladas por la Comisión en su solicitud de dictamen**

### *A. Sobre la admisibilidad*

71. Según la Comisión, su solicitud de dictamen es admisible, dado que, por una parte, el Tribunal de Justicia dispone de elementos suficientes para poder examinar la compatibilidad del Proyecto de acuerdo con los Tratados y, por otra parte, los Proyectos de instrumentos de adhesión que han sido objeto de acuerdo entre los negociadores están suficientemente avanzados para que puedan considerarse un «acuerdo previsto» en el sentido del artículo 218 TFUE, apartado 11. Por lo demás, la circunstancia de que aún hayan de adoptarse las normas internas no debe influir, según ella, sobre la admisibilidad de la solicitud de dictamen, dado que tales disposiciones únicamente podrán adoptarse una vez que se haya celebrado el acuerdo de adhesión.

### *B. Sobre el fondo*

72. Por lo que respecta al fondo, la Comisión analiza la conformidad del Proyecto de acuerdo con los diferentes requisitos enunciados tanto en el artículo 6 TUE, apartado 2, como en el Protocolo nº 8 UE. Además, invoca asimismo argumentos encaminados a demostrar que el acuerdo previsto respeta la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión en la persecución de sus propios objetivos. En efecto, según la Comisión conviene evitar que el TEDH o incluso el Comité de Ministros puedan tener que interpretar, cuando, en el ejercicio de sus competencias en virtud del CEDH, se les someta un litigio sobre la interpretación o la aplicación de una o varias disposiciones del Convenio o del Acuerdo de Adhesión, conceptos que se encuentran en dichos instrumentos de un modo que les conduzca a pronunciarse sobre las competencias respectivas de la Unión y sus Estados miembros.

73. Al término de su análisis, la Comisión llega a la conclusión que dicho Acuerdo es compatible con los Tratados.

1. El artículo 1, letra a), del Protocolo nº 8 UE

74. Según la Comisión, el requisito establecido en el artículo 1, letra a), del Protocolo nº 8 UE, dirigido a preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión por lo que se refiere a las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del CEDH, tiene como finalidad garantizar que la Unión participe como cualquier otra Parte Contratante en las instancias de control de dicho Convenio, a saber, el TEDH, la Asamblea y el Comité de Ministros.

75. Pues bien, a juicio de la Comisión, el Proyecto de acuerdo garantiza esa participación en las mencionadas instancias de control.

76. En efecto, la Comisión señala que, por lo que se refiere al TEDH, no es necesaria ninguna modificación del CEDH para permitir la presencia de un Juez elegido en relación con la Unión, puesto que el artículo 22 de dicho Convenio dispone que se elegirá un Juez por cada Parte Contratante. En cuanto a la elección por la Asamblea de los Jueces del TEDH, el artículo 6, apartado 1, del Proyecto de acuerdo dispone que una delegación del Parlamento Europeo participará con derecho a voto en las sesiones de la Asamblea reunida al efecto. En cuanto al Comité de Ministros, el artículo 7, apartado 2, del Proyecto de acuerdo dispone que la Unión tiene derecho a participar, con derecho a voto, en las reuniones del mismo cuando adopte decisiones en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en virtud del CEDH. A este respecto, la Unión dispone de un voto al igual que las otras 47 Partes Contratantes.

77. La Comisión recuerda que la obligación de cooperación leal obliga a la Unión y a los Estados miembros a actuar de forma coordinada al expresar posturas o emitir votos en relación con la ejecución de una sentencia del TEDH dictada contra la Unión o contra un Estado miembro y por la que se declare una violación del CEDH en un procedimiento en el que la Unión sea codemandada. Según la Comisión, de ello se desprende que, tras la adhesión, la Unión y los Estados miembros dispondrán juntos de 29 votos de un total de 48 en el Comité de Ministros y poseerán, por sí solos, una amplia mayoría en dicho Comité. Por esta razón, para preservar tanto la eficacia del mecanismo de control como la igualdad sustancial entre las Partes Contratantes, el artículo 7, apartado 4, letra a), segunda frase, del Proyecto de acuerdo dispone que las Reglas para la supervisión de la ejecución se adaptarán de modo que permitan al Comité de Ministros ejercer sus funciones de forma efectiva. A tal fin, en el Proyecto de regla 18 se establecen reglas de voto especiales. Según el apartado 4 de dicho Proyecto, una eventual modificación de tales reglas requeriría el consenso de todas las Partes Contratantes.

78. Por último, según la Comisión, cuando el Comité de Ministros adopte instrumentos o textos carentes de efectos jurídicos vinculantes sobre la base de sus competencias generales en virtud del artículo 15 del Estatuto del Consejo de Europa, no es posible que la Unión, que no es miembro de dicha Organización internacional, participe con derecho a voto en la adopción de tales decisiones. Por ello, el artículo 7, apartado 3, del Proyecto de acuerdo exige que la Unión sea consultada previamente a la adopción de tales textos o instrumentos y dicha disposición precisa que el Comité tendrá debidamente en cuenta la posición expresada por la Unión.

2. El artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE

79. En cuanto al requisito enunciado en el artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE, dirigido a preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión por lo que se refiere a los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso, la Comisión pone de relieve que, en la medida en que una violación del CEDH alegada ante el TEDH, a propósito de un acto u omisión de una Parte Contratante, esté condicionada por otra

disposición, la compatibilidad de ésta con el Convenio resulta cuestionada, de suerte que el control ejercido por las instancias del CEDH afectará necesariamente a dicha disposición. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con cualquier otra Parte Contratante que es al mismo tiempo responsable del acto y de la disposición que sirve de fundamento a ese acto, cuando una violación alegada ante el TEDH, a propósito de un acto de un Estado miembro, esté condicionada por una disposición perteneciente al ámbito del Derecho de la Unión, la Unión, como Parte Contratante de la que depende tal disposición, no sería parte en el procedimiento ante dicho Tribunal. Lo mismo sucede, según la Comisión, con los Estados miembros, tomados en su conjunto, cuando una violación alegada ante el TEDH, a propósito de un acto u omisión de una Institución, un órgano, un organismo o una agencia de la Unión, esté condicionada por una disposición de los Tratados, cuyos únicos responsables son los Estados miembros.

80. Para evitar que, en estas dos situaciones, la Parte Contratante que haya adoptado la disposición en cuestión no pueda ni participar en el procedimiento ante el TEDH ni quedar vinculada, en su caso, por las obligaciones resultantes del artículo 46, apartado 1, del CEDH en lo que respecta a la posible modificación o derogación de dicha disposición, el Proyecto de acuerdo prevé, según la Comisión, normas procesales específicas que introducen el mecanismo del codemandado. En particular, el artículo 3 del Proyecto de acuerdo permite, por una parte, a la Unión convertirse en codemandada en el caso de que se alegue una violación que cuestione la compatibilidad de una disposición del Derecho de la Unión con el CEDH, y, por otra parte, a los Estados miembros convertirse en codemandados en el caso de que se alegue una violación que cuestione la compatibilidad de una disposición contenida en los Tratados con ese mismo Convenio.

81. La Comisión subraya que, en virtud del nuevo apartado 4 del artículo 36 del CEDH, añadido a éste por el artículo 3, apartado 1, del Proyecto de acuerdo, la segunda frase de ese apartado 4 establece que «el codemandado será parte en el asunto». Por lo tanto, gozará de todos los derechos procesales de los que gozan las partes y no será considerado como un simple tercero coadyuvante. Dicha institución añade que, en el caso de que una sentencia del TEDH declarase la existencia de una violación del Convenio, cuestionando asimismo una disposición del Derecho de la Unión, correspondería al codemandado poner remedio a dicha violación para acatar la sentencia, bien modificando dicha disposición, bien derogándola.

82. Según la Comisión, las disposiciones mencionadas en los tres apartados anteriores del presente dictamen preservan la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, en lo que se refiere a las decisiones que el TEDH puede tener que adoptar con respecto a la Unión y los Estados miembros. En primer lugar, de conformidad con el artículo 3, apartado 5, del Proyecto de acuerdo, el estatuto de codemandado se adquiere bien mediante la aceptación de una invitación a tal efecto del TEDH, bien mediante una resolución de éste basada en la verosimilitud de las alegaciones formuladas en la solicitud de la Parte Contratante interesada. Por lo tanto, el TEDH no se vería obligado a interpretar, de forma incidental, el Derecho de la Unión a efectos de determinar si la

alegación de una violación del CEDH cuestiona la compatibilidad con éste de alguna de las disposiciones de dicho Derecho. En segundo lugar, la Comisión señala que el apartado 7 del propio artículo 3 enuncia la regla de la responsabilidad conjunta de demandado y codemandado respecto de cualquier violación del Convenio en el marco de un procedimiento en el que una Parte Contratante sea codemandada. Así pues, en tales casos, el TEDH se limitará a declarar la existencia de tal violación. En cambio, no tendrá que pronunciarse directamente sobre la naturaleza ni la magnitud de la respectiva contribución de la Unión y del Estado miembro de que se trate a dicha violación, ni por tanto, indirectamente sobre las respectivas obligaciones de éstos en lo que concierne a la ejecución de la sentencia, y, en particular, a las medidas individuales y generales que hayan de adoptarse para garantizar dicha ejecución. Además, según ese mismo apartado 7, *in fine*, el TEDH solo podrá declarar que únicamente es responsable el demandado o el codemandado basándose en los argumentos eventualmente expuestos conjuntamente por éstos.

83. Por otra parte, la Comisión considera que el Proyecto de acuerdo garantiza asimismo que una sentencia del TEDH dictada en un asunto en que la Unión sea codemandada no pueda afectar a las competencias de ésta. Afirma, en efecto, que dicha sentencia no podría crear, para la Unión, obligaciones que fuesen más allá de las que le incumbe cumplir en virtud de las competencias que le atribuyen los Tratados.

84. Concretamente, según la Comisión, es necesario que la Unión se una automáticamente al procedimiento en calidad de codemandada cada vez que la alegación de una violación del CEDH por un acto de un Estado miembro que aplique una disposición del Derecho de la Unión cuestione la compatibilidad de dicha disposición con el Convenio. Pues bien, según ella, el Proyecto de acuerdo permite alcanzar tal resultado. En efecto, la Comisión aduce que, de conformidad con el artículo 3, apartado 5, de éste, cuando el TEDH se pronuncie sobre la solicitud de una Parte Contratante de que se le conceda el estatuto de codemandada, debe evaluar si, a la luz de los argumentos expuestos por dicha parte, resulta verosímil que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 3, apartados 2 o 3, del Proyecto de Acuerdo, según proceda. Por otra parte, tales consideraciones son asimismo aplicables, *mutatis mutandis*, a los Estados miembros cuando la alegación de una violación del CEDH por un acto de la Unión cuestione la compatibilidad de los Tratados con dicho Convenio. A este respecto, la Comisión añade, no obstante, que, en tal caso, el cumplimiento de la obligación de cooperación leal exige que los Estados miembros estén representados ante el TEDH por un agente único, exigencia que debería figurar en las normas internas.

3. Los artículos 6 TUE, apartado 2, segunda frase, y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE

85. Por lo que respecta a la exigencia enunciada en los artículos 6 TUE, apartado 2, segunda frase, y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE, según la cual la adhesión no debe afectar a las competencias de la Unión que se definen en los Tratados, la Comisión observa que la adhesión entraña para la Unión la obligación de respetar los derechos

garantizados por el CEDH. Ahora bien, por una parte, en la medida en que dicha obligación conlleva la de abstenerse de adoptar una medida que vulnere tales derechos, la Unión, mediante su adhesión a dicho Convenio, no hace sino aceptar limitaciones al ejercicio de las competencias que los Estados miembros le atribuyeron en los Tratados. Por otra parte, en la medida en que dicha obligación de la Unión implica la de adoptar medidas específicas, el artículo 1, apartado 3, segunda frase, del Proyecto de acuerdo establece que ninguna de las disposiciones de dicho Convenio o de sus Protocolos puede imponer a la Unión la obligación de llevar a cabo un acto o adoptar una medida para los que carezca de competencia en virtud del Derecho de la Unión. Por consiguiente, según la Comisión, las obligaciones asumidas por la Unión en el momento de la adhesión no afectan en modo alguno a sus competencias.

86. Del mismo modo, el Proyecto de acuerdo no afecta a las competencias de la Unión cuando prevé, por una parte, la adhesión de ésta no sólo al CEDH, sino también a su Protocolo adicional y al Protocolo nº 6, y, por otra parte, la posibilidad de una adhesión a los demás Protocolos existentes. En efecto, con carácter principal, la Comisión estima que la Unión dispone de competencia en virtud del artículo 6 TUE, apartado 2, para adherirse a todos los Protocolos existentes, independientemente de que todos los Estados miembros sean o no parte en ellos. De lo contrario, carecería de sentido la norma enunciada en el artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE, según la cual el Acuerdo de adhesión debe garantizar que la adhesión de la Unión no afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto de sus Protocolos. Por otra parte, esos Protocolos adicionales solo son instrumentos accesorios al Convenio. Por lo tanto, según la Comisión, la Unión tiene competencia para celebrar, en su caso, nuevos Protocolos adicionales o adherirse a ellos en una fase posterior, siempre que revistan carácter accesorio con respecto al Convenio.

4. Los artículos 1, letra b), y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE

87. Según la Comisión, las atribuciones de las Instituciones de la Unión que no son el Tribunal de Justicia no se verán afectadas por la adhesión. En efecto, señala que dichas instituciones deberán ejercer sus competencias con respecto al CEDH y sus instancias de control del mismo modo que deben hacerlo en relación con cualquier otro acuerdo internacional y las instancias creadas o dotadas de poderes decisorios por dicho acuerdo. En particular, afirma que se desprende tanto del artículo 335 TFUE como del apartado 94 de la sentencia Reynolds Tobacco y otros/Comisión (C-131/03 P, EU:C:2006:541) que la Comisión representa a la Unión ante los órganos jurisdiccionales distintos de los de los Estados miembros. En este caso, la Comisión ha de representar a la Unión ante el TEDH, mientras que, con arreglo al principio de cooperación leal entre las instituciones, cuando en un procedimiento ante dicho órgano jurisdiccional se cuestione una disposición del Derecho de la Unión contenida en un acto de una institución que no sea la Comisión, las atribuciones de esa otra institución se preservarán mediante su intervención en la preparación de los documentos procesales que deban presentarse al TEDH. La Comisión añade que, cuando el Comité de Ministros tenga que adoptar actos dotados de efectos

jurídicos, se aplicará de pleno derecho el procedimiento contemplado en el artículo 218 TFUE, apartado 9.

88. En cuanto al Tribunal de Justicia, y más en general, a la preservación de las características específicas de la Unión y de su Derecho relativas al sistema de tutela judicial, las apreciaciones de la Comisión a este respecto se refieren fundamentalmente a tres cuestiones: el agotamiento de los recursos internos, la efectividad de la tutela judicial, en particular en lo que respecta a la política exterior y de seguridad común (en lo sucesivo, «PESC») y las atribuciones del Tribunal de Justicia de conformidad con los artículos 258 TFUE, 260 TFUE y 263 TFUE. En relación con las dos primeras cuestiones, éstas se plantearían con respecto a los artículos 6, 13 y 35, apartado 1, del CEDH, según los cuales, por una parte, todos los actos de las Partes Contratantes deben poder ser objeto de un recurso efectivo ante instancias internas y, por otra parte, el agotamiento sin éxito de esta vía de recurso es un requisito para la admisibilidad de una demanda individual planteada ante el TEDH.

89. Por lo que se refiere, en primer lugar, al agotamiento previo de las vías de recurso internas, la Comisión sostiene que el Proyecto de acuerdo garantiza que las vías de recurso ante los órganos jurisdiccionales de la Unión deberán agotarse antes de poder interponer válidamente una demanda ante el TEDH en relación con un acto de la Unión. En efecto, según ella, por una parte, el artículo 1, apartado 5, segundo guion, del Proyecto de acuerdo precisa que el término «internos» que figura en el artículo 35, apartado 1, del CEDH debe entenderse referido asimismo, *mutatis mutandis*, al ordenamiento jurídico interno de la Unión. Por otra parte, el artículo 5 del Proyecto de acuerdo enuncia claramente que los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión no deben considerarse procedimientos internacionales de investigación o de arreglo. Por lo tanto, según la Comisión, el recurso a dichos órganos jurisdiccionales no implicaría la inadmisibilidad de una demanda con arreglo al artículo 35, apartado 2, letra b), del CEDH.

90. Además, para introducir el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, la Comisión subraya la existencia de la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro declare que un acto u omisión de ese Estado miembro vulnera un derecho fundamental garantizado en el ámbito de la Unión que se corresponda con un derecho garantizado por el CEDH, y que esa vulneración esté condicionada por una disposición del Derecho derivado de la Unión. En tal caso, afirma, el órgano jurisdiccional nacional no puede declarar por sí mismo, con carácter incidental, la invalidez del acto de la Unión que contiene dicha disposición e inaplicar ésta, puesto que únicamente el Tribunal de Justicia puede, en el marco de una remisión prejudicial, declarar la invalidez de dicho acto (sentencia Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, apartados 11 a 20). Añade que, si posteriormente se alegase ante el TEDH, en relación con el mismo acto u omisión, la vulneración del mismo derecho fundamental garantizado por el Convenio y si, por tanto, tal alegación cuestionase la compatibilidad de la disposición en cuestión del Derecho de la Unión con éste, la Unión se convertiría en codemandada y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían vinculados por



la sentencia del TEDH que declarase la existencia de una violación del Convenio. Ahora bien, según la Comisión, esta situación puede producirse antes incluso de que el Tribunal de Justicia haya tenido oportunidad de examinar la validez del referido acto de la Unión a la luz del derecho fundamental en cuestión cuya vulneración se alega ante el TEDH. La Comisión afirma que, en tal contexto, el recurso al Tribunal de Justicia al amparo del artículo 267 TFUE, párrafo primero, letra b), no puede considerarse una vía de recurso interna que el demandante hubiera debido agotar antes de poder interponer una demanda ante el TEDH, dado que ese recurso escapa a las partes y, por lo tanto, su omisión no puede entrañar la inadmisibilidad de una demanda ante este último órgano jurisdiccional. Añade que tal conclusión resulta tanto más obligada cuanto que la competencia del Tribunal de Justicia para declarar, si procede, la invalidez de un acto de la Unión forma parte de sus atribuciones. Según la Comisión, para preservarlas, es necesario prever la posibilidad de que, en el marco de un procedimiento ante el TEDH en el que la Unión sea codemandada, el Tribunal de Justicia pueda examinar la compatibilidad de una disposición del Derecho de la Unión con el CEDH. Esta posibilidad debe además existir antes de que el TEDH se pronuncie sobre la procedencia de la alegación formulada ante él, y, por tanto, con carácter incidental, sobre la compatibilidad de dicha disposición con el derecho fundamental en cuestión. Por otra parte, a juicio de la Comisión, esta necesidad de un examen previo de la disposición en cuestión por el Tribunal de Justicia se deriva asimismo de la naturaleza subsidiaria del mecanismo de control del Convenio con respecto a los sistemas de protección de los derechos humanos existentes en el ámbito de las Partes Contratantes.

91. La Comisión señala que, para responder a estas necesidades, el artículo 3, apartado 6, primera frase, del Proyecto de acuerdo establece que, en tales circunstancias, se concederá el tiempo necesario al Tribunal de Justicia para proceder al examen de la disposición controvertida en el marco de un procedimiento de intervención previa de dicho órgano jurisdiccional. Con arreglo a la segunda frase del mismo apartado, dicho examen deberá efectuarse con rapidez, de forma que el procedimiento ante el TEDH no se prolongue indebidamente. La Comisión añade que, según se desprende de la última frase de la citada disposición, la apreciación del Tribunal de Justicia no vincula al TEDH.

92. La Comisión añade, ciertamente, que el citado artículo 3, apartado 6, debe acompañarse de normas internas de la Unión que regulen el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia. Ahora bien, el Proyecto de acuerdo no contiene tales normas. No obstante, según la Comisión, éstas no deben figurar en un acuerdo internacional, sino que deben adoptarse de forma autónoma, en el ámbito de la Unión, puesto que están destinadas a regular un procedimiento interno de ésta. Por lo demás, señala, no es necesario ni adecuado insertar tales disposiciones procedimentales en los Tratados. En efecto, éstos, por una parte, imponen a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros la obligación de llevar a cabo la adhesión de la Unión al CEDH y, por otra parte, prohíben que las competencias del Tribunal de Justicia se vean afectadas por esa adhesión. A este respecto, la Comisión considera más adecuado que las disposiciones que establezcan el principio mismo del procedimiento de intervención

previa del Tribunal de Justicia y que definan las entidades competentes para iniciarlo, así como las normas con arreglo a las cuales deba efectuarse el examen de la compatibilidad, figuren en la decisión del Consejo por la que se celebre el Acuerdo de adhesión, con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 6, letra a), inciso ii). En cuanto al contenido de las disposiciones internas reguladoras del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, la Comisión señala, en primer lugar, que la competencia para iniciar ese procedimiento mediante una solicitud dirigida al Tribunal de Justicia debe corresponder a la Comisión y al Estado miembro contra el que se haya interpuesto la demanda ante el TEDH. Además, el Tribunal de Justicia debe poder pronunciarse antes de que la Unión y el Estado miembro en cuestión tomen posición ante el TEDH. Seguidamente, la Comisión observa que, puesto que el procedimiento presenta ciertas similitudes estructurales con el procedimiento prejudicial, las normas relativas al derecho a participar en él deben ser similares a las que figuran en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por último, las exigencias de celeridad podrían satisfacerse mediante la aplicación del procedimiento acelerado establecido en el artículo 23 *bis* del propio Estatuto.

93. Por lo que respecta, en segundo lugar, a la efectividad de la tutela judicial, según la Comisión, es importante que, a efectos de imputar un acto a la Unión o bien a un Estado miembro, con vistas a determinar su responsabilidad en virtud del CEDH, se apliquen los mismos criterios de imputación que se aplican dentro de la Unión. Pues bien, la Comisión expone que el artículo 1, apartado 4, primera frase del Proyecto de acuerdo responde a esta exigencia al establecer que, a los efectos del citado Convenio, una medida de un Estado miembro se imputará a dicho Estado, aunque esa medida se produzca al aplicar el Estado miembro el Derecho de la Unión, incluidas las decisiones adoptadas sobre la base de los Tratados UE y FUE. Por lo tanto, señala, la efectividad del recurso está asegurada, puesto que, con arreglo al artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, incumbe a los órganos jurisdiccionales del referido Estado miembro garantizar la tutela judicial frente a los actos del mismo.

94. No obstante, según la Comisión, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva se plantean cuestiones particulares en lo que respecta al ámbito de la PESC, ya que el Derecho de la Unión presenta en esa materia dos características específicas.

95. En primer lugar, en cuanto a la imputabilidad de los actos, observa que la aplicación de la PESC mediante operaciones militares corre a cargo de los Estados miembros, de conformidad con los artículos 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, cuarta frase, 28 TUE, apartado 1, 29 TUE y 42 TUE, apartado 3. La Comisión alega que, para tener en cuenta esta característica, el artículo 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo prevé que, incluso en lo que respecta a las operaciones llevadas a cabo en el ámbito de la PESC, los actos de los Estados miembros se imputarán al Estado miembro en cuestión y no a la Unión. Esta precisión debería permitir excluir que se extrapole a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros la jurisprudencia del TEDH en la que éste se pronunció sobre la responsabilidad de una Organización internacional por los actos realizados por una Parte

Contratante para ejecutar una decisión de dicha Organización (resolución del TEDH de 2 de mayo de 2007, asuntos n<sup>os</sup> 71412/01 y 78166/01, Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega, apartado 122, y sentencia del TEDH de 7 de julio de 2011, Al-Jedda c. Reino Unido, asunto n<sup>o</sup> 27021/08, apartado 76). En efecto, como se precisa además en el punto 24 del Proyecto de informe explicativo, en los asuntos que dieron lugar a esta jurisprudencia no existía ninguna norma específica de imputación de los actos como la establecida en el citado artículo 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo.

96. En segundo lugar, en cuanto a la efectividad del control ejercido por el Juez de la Unión en materia de PESC, la Comisión señala que dicho control está limitado tanto por el artículo 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, última frase, como por el artículo 275 TFUE, párrafo segundo. Según dicha Institución, se desprende en lo sustancial de estas disposiciones que el Tribunal de Justicia no es competente en lo que se refiere a las disposiciones relativas a la PESC ni en lo que se refiere a los actos adoptados sobre la base de éstas. Únicamente es competente para controlar el respeto del artículo 40 TUE y pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, relativos al control de la legalidad de las decisiones por las que se establezcan «medidas restrictivas» frente a personas físicas o jurídicas, adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del TUE. Por lo tanto, según la Comisión, cabría plantearse la cuestión de si la Unión contempla vías de recurso internas efectivas en materia de PESC.

97. La Comisión recuerda, a este respecto, que para que una demanda ante el TEDH sea admisible, el demandante debe poder afirmar ser víctima de una violación de los derechos reconocidos por el Convenio o sus Protocolos y, por tanto, estar directamente afectado por el acto o la omisión litigiosos.

98. Pues bien, por una parte, respecto a los actos en materia de PESC que emanen de un Estado miembro, en la medida en que afecten directamente a una persona y puedan por tanto ser objeto de una demanda ante el TEDH, la tutela judicial frente a dichos actos incumbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Cuando, de forma excepcional, uno de tales actos se base en una disposición de una decisión del Consejo adoptada sobre la base del artículo 28 TUE, apartado 1, podría cuestionarse la compatibilidad de esa disposición con el CEDH. Según la Comisión, en tal caso, la propia decisión del Consejo constituye una «medida restrictiva» con arreglo al artículo 275 TFUE, párrafo segundo, de suerte que, aun cuando esta disposición únicamente reconozca expresamente la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de los recursos de anulación «interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 [TFUE]», tales disposiciones podrían no obstante ser objeto de una remisión prejudicial, en su caso relativa a su validez. A este respecto, la Comisión se apoya en particular en la sentencia Segi y otros/Consejo (C-355/04 P, EU:C:2007:116), en la que, según ella, el Tribunal de Justicia, pese a que el artículo 35, apartado 1, del Tratado UE, en su versión modificada por el Tratado de Niza, excluía las «posiciones

comunes» de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, admitió la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales le planteasen una cuestión prejudicial relativa a una posición común que, por su contenido, al tener por sí misma efectos jurídicos frente a terceros, tenía un alcance que excedía el que atribuye el Tratado UE a este tipo de actos. Por lo demás, la Comisión sostiene que, en tales circunstancias, debería aplicarse igualmente el procedimiento de intervención previa.

99. Por otra parte, en lo que se refiere a los actos en materia de PESC que emanen de las instituciones de la Unión, conviene distinguir, según la Comisión, entre actos que producen efectos jurídicos vinculantes y actos que carecen de tales efectos. Los actos que producen efectos jurídicos vinculantes constituyen, en la medida en que puedan vulnerar derechos fundamentales, «medidas restrictivas» con arreglo al artículo 275 TFUE, párrafo segundo, y pueden ser objeto de un recurso de anulación ante el juez de la Unión. En cambio, los actos que no producen tales efectos no pueden, por su naturaleza, ser objeto ni de un recurso de anulación ni de una remisión prejudicial. Por lo tanto, la única vía de recurso disponible en el ámbito de la Unión contra tales actos es una acción de responsabilidad extracontractual al amparo del artículo 340 TFUE, acción que, a juicio de la Comisión, no está excluida por el artículo 275 TFUE, párrafo primero.

100. Así pues, la Comisión considera que el efecto combinado de los artículos 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo, 19 TUE, apartado 1, párrafo primero, y 275 TFUE y 340 TFUE tiene como resultado que todos los actos y medidas de la Unión y de los Estados miembros en materia de PESC, con respecto a los cuales una persona pueda considerarse víctima de una violación de los derechos reconocidos por el CEDH, puedan ser objeto de un recurso efectivo ante instancias jurisdiccionales de la Unión o de los Estados miembros.

101. En tercer lugar, según la Comisión, el Proyecto de acuerdo tampoco afecta a las atribuciones del Tribunal de Justicia en virtud de los artículos 258 TFUE, 260 TFUE y 263 TFUE. En efecto, su artículo 5 contiene una cláusula interpretativa a cuyo tenor «los procedimientos ante el Tribunal de Justicia no deberán considerarse [...] modos de solución de controversias en el sentido del artículo 55 [del CEDH]». Por lo tanto, a juicio de la Comisión, se mantiene expresamente la posibilidad de que los litigios relativos a la interpretación y la aplicación de dicho Convenio, e incluso a derechos fundamentales definidos en el ámbito de la Unión, y en particular en la Carta, se sometan al Tribunal de Justicia.

102. Por lo que respecta, más específicamente, a los recursos por incumplimiento, la Comisión recuerda que, según se desprende del artículo 1, apartado 3, del Proyecto de acuerdo, no se impone ninguna obligación a los Estados miembros, en virtud del Derecho de la Unión, con respecto al Convenio y sus Protocolos. En consecuencia, por definición, un recurso por incumplimiento no podría tener como objeto el incumplimiento por un Estado miembro de las obligaciones que le incumben en virtud del CEDH. No obstante, la referencia al artículo 55 de éste que figura en el artículo 5 del Proyecto de acuerdo

tiene, según la Comisión, un efecto útil en lo que respecta a la exigencia de que la adhesión no afecte a las competencias del Tribunal de Justicia. En efecto, en virtud del artículo 51, apartado 1, de la Carta, los derechos fundamentales definidos en el ámbito de la Unión vinculan a los Estados miembros al aplicar el Derecho de la Unión. Pues bien, dado que la prohibición enunciada en el artículo 55 del CEDH podría interpretarse en el sentido de que se refiere asimismo a las controversias entre Partes Contratantes relativas a la interpretación o a la aplicación de disposiciones de un instrumento internacional — como, en lo que respecta a los Estados miembros, los Tratados y la Carta— que tengan el mismo contenido que disposiciones del Convenio, el artículo 5 del Proyecto de acuerdo tiene como efecto que no pueda adoptarse tal interpretación en contra de la Unión.

103. Por lo demás, la Comisión observa que el TEDH ha precisado que el ejercicio por la Comisión de sus atribuciones en virtud del artículo 258 TFUE no constituye un procedimiento internacional de investigación o arreglo en el sentido del artículo 35, apartado 2, letra b), del CEDH (sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2011, Karoussiotis c. Portugal, nº 23205/08, § 75 y 76).

104. La Comisión precisa que no es necesario que el Proyecto de acuerdo contemple una excepción de inadmisibilidad específica aplicable a las demandas ante el TEDH, en virtud del artículo 33 del CEDH, interpuestas por la Unión contra un Estado miembro o a la inversa, en relación con una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de dicho Convenio, dado que tales demandas serían manifiestamente contrarias al Derecho de la Unión. En efecto, según la Comisión, no sólo constituirían una elusión del artículo 258 TFUE, sino que la decisión de interponer tal demanda podría ser objeto de un recurso de anulación al amparo del artículo 263 TFUE. Además, una demanda interpuesta por un Estado miembro contra la Unión constituiría una elusión del artículo 263 TFUE o, en su caso, del artículo 265 TFUE, lo que el Derecho de la Unión sancionaría mediante un procedimiento por infracción.

5. El artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE

105. Por lo que respecta a la exigencia enunciada en el artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE, según la cual la adhesión no debe afectar a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al mismo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas a dicho Convenio formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57, la Comisión alega que, de conformidad con el artículo 1, apartado 3, primera frase, del Proyecto de acuerdo, el alcance de los compromisos de la Unión se limita, *ratione personae*, sólo a la Unión, como sujeto de Derecho internacional público distinto de los Estados miembros. Por lo tanto, la situación jurídica de un Estado miembro que, al amparo del artículo 57 del CEDH, haya formulado una reserva a una disposición de éste o de alguno de los Protocolos a los que se adhiera la Unión, haya adoptado medidas de excepción a dicho Convenio con arreglo a su artículo 15 o no sea parte de alguno de los Protocolos a los que la Unión pudiese adherirse en el futuro, no se verá afectada por la adhesión de la Unión a dicho Convenio. De ello se desprende

asimismo, según la Comisión, que aun cuando en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, los acuerdos celebrados por la Unión vinculan a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, el Proyecto de acuerdo no crea ninguna obligación para los Estados miembros, en virtud del Derecho de la Unión, con respecto al Convenio y sus protocolos.

6. El artículo 3 del Protocolo nº 8 UE

106. Por último, en lo que respecta a la exigencia, enunciada en el artículo 3 del Protocolo nº 8 UE, según la cual la adhesión no debe afectar al artículo 344 TFUE, la Comisión alega que otra consecuencia del hecho de que, con arreglo al artículo 1, apartado 3, del Proyecto de acuerdo, la adhesión de la Unión al CEDH no cree ninguna obligación para los Estados miembros, en virtud del Derecho de la Unión, con respecto al CEDH y sus protocolos, es que una hipotética controversia entre Estados miembros relativa a la interpretación o a la aplicación de dicho Convenio no constituye *stricto sensu* una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de los Tratados contemplada por la prohibición establecida en el artículo 344 TFUE.

107. No obstante, según la Comisión, la referencia al artículo 55 del CEDH que figura en el artículo 5 del Proyecto de acuerdo produce igualmente un efecto útil en relación con dicha exigencia. En efecto, dado que podría entenderse que la prohibición establecida en el artículo 55 del Convenio contempla asimismo las controversias entre Partes Contratantes relativas a la interpretación o la aplicación de disposiciones de un instrumento internacional, como, por lo que respecta a los Estados miembros, los Tratados y la Carta, que tengan el mismo contenido que disposiciones del Convenio, el artículo 5 del Proyecto de Acuerdo tiene por efecto que no pueda adoptarse esta interpretación en contra de los Estados miembros. A este respecto, la Comisión añade que no es necesaria una norma que disponga la inadmisibilidad de una demanda interpuesta ante el TEDH por un Estado miembro contra otro Estado miembro a propósito de una controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de disposiciones del Derecho de la Unión que tengan el mismo contenido que las del CEDH y, en particular, de disposiciones de la Carta. En efecto, según la Comisión, la interposición de tal demanda constituiría ya una violación del artículo 344 TFUE y se sancionaría, en el ámbito de la Unión, mediante los procedimientos establecidos en los artículos 258 a 260 TFUE.

## **VII. Resumen de las principales observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia**

108. En el marco de la presente solicitud de dictamen, han presentado observaciones al Tribunal de Justicia, por escrito u oralmente en la vista, los Gobiernos belga, búlgaro, checo, danés, alemán y estonio, Irlanda, los Gobiernos helénico, español, francés, italiano, chipriota, letón, lituano, húngaro, neerlandés, austriaco, polaco, portugués, rumano, eslovaco, finlandés, sueco y del Reino Unido, así como el Parlamento y el Consejo.

109. La totalidad de los Estados miembros e instituciones mencionados concluyen, en lo sustancial, que el Proyecto de acuerdo es compatible con los Tratados y suscriben, en gran medida, las apreciaciones de la Comisión. No obstante, sus apreciaciones se distinguen de las de la Comisión en varios puntos.

A. *Sobre la admisibilidad de la solicitud de dictamen*

110. Por lo que respecta a la admisibilidad de la solicitud de dictamen, no se discute, en lo fundamental, que el objeto de la solicitud es efectivamente un «acuerdo previsto» en el sentido del artículo 218 TFUE, apartado 11, y que el Tribunal de Justicia dispone de toda la información necesaria para apreciar su compatibilidad con los Tratados, como el propio Tribunal de Justicia exige (dictamen 2/94, EU:C:1996:140, apartados 20 y 21).

111. En cambio, las apreciaciones formuladas por la Comisión acerca de las normas internas han dado lugar a posturas muy diversas.

112. Ciertamente, según los Gobiernos búlgaro y danés, Irlanda, los Gobiernos francés, húngaro, portugués, finlandés, sueco y del Reino Unido, y según el Parlamento y el Consejo, la circunstancia de que esas normas no se hayan adoptado aún no afecta a la admisibilidad de la solicitud. Especialmente teniendo en cuenta que, por una parte, como señalan los Gobiernos estonio y letón, dichas normas sólo tienen consecuencias para la Unión y no pueden afectar a los aspectos internacionales del Proyecto de acuerdo y, por otra parte, como subrayan fundamentalmente los Gobiernos polaco y sueco, deben asimismo ser compatibles con los Tratados, compatibilidad que, según los Gobiernos chipriota, sueco y del Reino Unido, puede ser verificada en su caso por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 263 TFUE.

113. No obstante, se observa que la Comisión debería haberse abstenido de abrir el debate sobre tales normas ante el Tribunal de Justicia en el marco del presente procedimiento de dictamen. En efecto, al Tribunal de Justicia le resulta imposible pronunciarse sobre ellas, bien, según los Gobiernos helénico y neerlandés, debido a su carácter hipotético, bien, según los Gobiernos francés, chipriota y lituano y el Consejo, por la falta de información suficiente sobre su contenido, bien, como alegan los Gobiernos checo, estonio, francés, chipriota, lituano, neerlandés, portugués, eslovaco y sueco, dado su carácter ajeno al acuerdo internacional examinado, que es el único que puede ser objeto de una solicitud de dictamen con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11. Además, según los Gobiernos estonio y del Reino Unido y el Consejo, si el Tribunal de Justicia hubiese de pronunciarse sobre el contenido de normas que aún no han sido aprobadas por el legislador de la Unión, invadiría las competencias de éste, infringiendo el artículo 13 TUE, o, según el Gobierno estonio, vulnerando el principio de reparto de las competencias establecido en el artículo 5 TUE, apartados 1 y 2.

114. Por consiguiente, se señala, la solicitud de dictamen únicamente es admisible en la medida en que se refiere al acuerdo previsto, mientras que, en lo que respecta a las normas internas, o bien el Tribunal de Justicia es incompetente, como sostienen los Gobiernos

francés y chipriota, o la solicitud es inadmisibile, como alegan los Gobiernos checo, estonio y francés, o no procede que el Tribunal de Justicia se pronuncie, como propugna el Gobierno lituano.

115. Si, por el contrario, el análisis de las normas internas fuese necesario para apreciar la conformidad del Proyecto de acuerdo con los Tratados —cuestión que, según el Gobierno helénico, corresponde resolver al Tribunal de Justicia— entonces, o bien el Tribunal de Justicia debe supeditar su opinión sobre la compatibilidad de dicho Proyecto con los Tratados a la condición de que las normas internas sean a su vez compatibles con los Tratados, como sostiene el Gobierno polaco, o con el Proyecto de declaración, como afirma el Gobierno rumano, o bien ha de suspenderse el procedimiento hasta que dichas normas estén disponibles, como defienden el Gobierno estonio y el Consejo, o bien la solicitud debe declararse inadmisibile en su totalidad, como propugnan el Gobierno helénico y el Consejo, o bien, como propugna el Gobierno español, en lo que se refiere a los aspectos del Proyecto de acuerdo que están aún por precisar en las citadas normas internas, a saber, los relativos a las cuestiones de la representación de la Unión ante el TEDH, la intervención previa del Tribunal de Justicia, los procedimientos que han de seguirse para elaborar la lista de tres candidatos al puesto de Juez y la participación de la Unión en la Asamblea o en el Comité de Ministros, así como las nuevas reglas de voto contenidas en el Proyecto de regla 18.

116. Con carácter subsidiario, para el caso de que el Tribunal de Justicia decidiese pronunciarse sobre las normas internas, se han presentado observaciones en lo que se refiere a las principales de ellas.

## B. *Sobre el fondo*

### 1. El artículo 1, letra a), del Protocolo nº 8 UE

117. Todos los Estados miembros e instituciones que han presentado observaciones comparten en lo sustancial las apreciaciones que permiten a la Comisión concluir que el Proyecto de acuerdo preserva las características específicas de la Unión y de su Derecho por lo que respecta a las modalidades específicas de la participación de la Unión en las instancias de control del CEDH.

### 2. El artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE

118. Los mencionados Estados miembros e instituciones consideran asimismo que el mecanismo del codemandado permite, en lo esencial, preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho garantizando que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

119. No obstante, algunos Estados miembros consideran que las apreciaciones de la Comisión deben ser objeto de adaptaciones o dar lugar a precisiones.



120. En primer lugar, según el Gobierno austriaco, el mecanismo del codemandado debe poder iniciarse no solo cuando la violación del CEDH «únicamente hubiera podido evitarse incumpliendo una obligación derivada del Derecho de la Unión», sino también cuando tal violación sea imputable a un Estado miembro en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión, pese a que este Derecho reconozca un cierto grado de autonomía a ese Estado miembro. En efecto, según dicho Gobierno, si la violación alegada está relacionada con una norma de transposición de una Directiva, la Unión podría tener interés en defender ante el CEDH la legalidad de esa Directiva, aunque ésta no obligue al Estado miembro de que se trate a adoptar dicha norma, sino que se limite a autorizarla. Además, señala, puede resultar difícil saber anticipadamente el margen de libertad de que gozan los Estados miembros a la hora de adaptar su Derecho interno a una Directiva.

121. Seguidamente, el Gobierno búlgaro considera que el carácter facultativo del mecanismo del codemandado deja al potencial codemandado la posibilidad de eludir sus responsabilidades derivadas del artículo 46 del CEDH. A este respecto, el Gobierno austriaco añade que la compatibilidad de dicho mecanismo con las exigencias del artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE depende de la existencia en el Derecho de la Unión de una disposición interna que, en caso de recurso contra uno o varios Estados miembros, obligue a las instituciones de la Unión a solicitar que se admita la intervención de ésta en el procedimiento en calidad de codemandada en el supuesto de que se alegue una violación del Convenio que cuestione la compatibilidad del Derecho de la Unión con el mismo. Aunque tal obligación interna ya esté prevista en el Proyecto de declaración, letra a), es necesario no obstante, según dicho Gobierno, que se regule de forma constringente, de suerte que la no presentación de esa solicitud o la negativa a participar en un procedimiento por invitación del TEDH en aplicación del artículo 3, apartado 5, del Proyecto de acuerdo constituyan una omisión en el sentido del artículo 265 TFUE. Por otra parte, según el Gobierno rumano, resulta de dicho Proyecto de declaración que, aun cuando la intervención de la Unión en calidad de codemandada esté prevista en el Proyecto de acuerdo como una posibilidad, la Unión se compromete a establecer en el ámbito interno normas que permitan determinar qué supuesta violación de las disposiciones de dicho Convenio está vinculada al Derecho de la Unión y el margen de maniobra de que dispone el Estado miembro de que se trate.

122. Además, según el Gobierno francés, para evitar que el TEDH pueda tener que pronunciarse sobre cuestiones relativas al Derecho de la Unión, como el reparto de las responsabilidades en caso de que se declare la existencia de una violación del Convenio al término de un procedimiento en que sea codemandada una Parte Contratante, el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo debe interpretarse con seguridad en el sentido de que el TEDH únicamente puede pronunciarse sobre el reparto de la responsabilidad entre demandado y codemandado basándose en las alegaciones presentadas por éstos en el marco de una solicitud conjunta.

123. Por último, el Gobierno del Reino Unido precisa que, contrariamente a la sugerencia de la Comisión, según la cual, en virtud del artículo 46, apartado 1, del CEDH, incumbe

al codemandado remediar una violación de este último para acatar una sentencia del TEDH, en realidad esa obligación debe ser compartida. En efecto, según dicho Gobierno, si tal sentencia se dictase conjuntamente contra la Unión y uno o varios de sus Estados miembros, no conferiría por sí misma a una u otra institución de la Unión, en particular a la Comisión, la competencia para actuar con el fin de garantizar su correcta ejecución, sino que ésta debería producirse más bien a través del proceso legislativo normal de la Unión.

3. Los artículos 6 TUE, apartado 2, y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE

124. Los Estados miembros que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia comparten en gran medida las apreciaciones de la Comisión con respecto a la exigencia de que la adhesión al CEDH no afecte a las competencias de la Unión, salvo en lo que se refiere a la cuestión de la competencia de ésta para adherirse a otros Protocolos distintos de aquellos a los que se adhiere en virtud del artículo 1 del Proyecto de acuerdo, a saber, el Protocolo adicional y el Protocolo nº 6.

125. En particular, según el Gobierno alemán, las consideraciones contenidas en la solicitud de dictamen en relación con la posible adhesión a otros Protocolos que no sean el Protocolo adicional y el Protocolo nº 6 son inadmisibles, puesto que no existe ningún «acuerdo previsto» a ese respecto.

126. En cuanto al fondo, el Gobierno eslovaco sostiene que en la actualidad la Unión únicamente es competente para adherirse a los dos Protocolos mencionados en el apartado anterior, mientras que, para el Gobierno danés, la Unión no es competente para adherirse a los Protocolos existentes de los que no sean ya partes todos los Estados miembros.

127. En cambio, los Gobiernos letón, neerlandés y polaco estiman que, en teoría, la Unión podría ser competente para adherirse asimismo a estos últimos Protocolos. No obstante, esta circunstancia no sería determinante. En efecto, según el Gobierno neerlandés, habida cuenta del procedimiento establecido en el artículo 218 TFUE, apartados 6, párrafo segundo, letra a), inciso ii), y 8, párrafo segundo, que exige la unanimidad para la celebración de un acuerdo con arreglo a este artículo y la aprobación de tal acuerdo por todos los Estados miembros siguiendo sus respectivas normas constitucionales, sería poco probable que la Unión pudiese obtener la aprobación de los Estados miembros para adherirse a Protocolos de los que éstos no son parte. En cualquier caso, según el Gobierno letón, la Unión no podría actualmente adherirse a otros Protocolos que los mencionados en el artículo 1 del Proyecto de acuerdo sin que el Consejo aprobase un mandato específico para ello, o, como afirma el Gobierno polaco, con independencia de la voluntad de los Estados miembros. Por último, el Gobierno alemán añade que esta competencia debe ejercerse respetando el artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE, según el cual el acuerdo de adhesión no debe afectar a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, y en particular de sus Protocolos. Pues bien, según dicho Gobierno, una adhesión inmediata a los Protocolos de los que no sean parte todos los

Estados miembros vulneraría dicha disposición, o, según el Gobierno helénico, el principio de cooperación leal.

4. Los artículos 1, letra b), y 2, primera frase, del Protocolo nº 8 UE

128. Por lo que respecta a la cuestión de la efectividad de las vías de recurso previstas por los Tratados en el ámbito de la PESC, y en particular, a las apreciaciones de la Comisión acerca de la imputación de los actos adoptados en el marco de esa política, el Gobierno del Reino Unido las considera innecesarias debido a que el TEDH nunca ha aplicado a la Unión su jurisprudencia relativa a la imputación a las organizaciones internacionales de los actos de las Partes Contratantes. En cualquier caso, según el Gobierno alemán, la norma establecida en el artículo 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo y aclarada en los apartados 22 a 26 del Informe explicativo únicamente debe valer a efectos de la adhesión de la Unión al CEDH y no debe afectar a los principios generales del Derecho Internacional en materia de imputación de actos a las organizaciones internacionales.

129. Más matizadas son las posturas de los Estados miembros relativas a las limitaciones previstas por los Tratados a la competencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la PESC.

130. En primer lugar, según los Gobiernos helénico y del Reino Unido, no es necesario que el Tribunal de Justicia interprete el artículo 275 TFUE y se pronuncie sobre su eventual competencia para conocer, en particular, de remisiones prejudiciales en la materia.

131. En cualquier caso, el Gobierno del Reino Unido añade que la interpretación extensiva de dicho artículo, preconizada por la Comisión, según la cual la competencia del Tribunal de Justicia en virtud del artículo 267 TFUE se extiende también a los actos pertenecientes al ámbito de la PESC, es incorrecta y se basa en las sentencias *Gestoras Pro Amnistía y otros/Consejo* (C-354/04 P, EU:C:2007:115) y *Segi y otros/Consejo* (EU:C:2007:116), es decir, en una jurisprudencia anterior al Tratado de Lisboa. Ahora bien, como recuerdan asimismo los Gobiernos español y finlandés, dicho Tratado, mediante el artículo 275 TFUE, limitó precisamente el control de la validez de los actos pertenecientes al ámbito de la PESC a los recursos de anulación, excluyendo por lo tanto las cuestiones prejudiciales de validez. Según estos dos últimos Gobiernos, el artículo 275 TFUE debe interpretarse restrictivamente, debido no sólo a que, en esta materia, la incompetencia del Tribunal de Justicia es el principio y su competencia la excepción, como alegan los Gobiernos francés y polaco y el Consejo, sino también debido a la circunstancia, puesta de relieve por los Gobiernos español y polaco, de que una interpretación extensiva que ampliase las competencias del Tribunal de Justicia en materia de PESC no se ajusta a las exigencias del artículo 2 del Protocolo nº 8 UE. Además, el Gobierno neerlandés alega que tal interpretación extensiva genera incertidumbres en cuanto a los requisitos de admisibilidad de los recursos de anulación contra tales actos. Dicho Gobierno señala, en efecto, que los órganos jurisdiccionales de la Unión únicamente son competentes para pronunciarse, con arreglo al artículo

263 TFUE, párrafo cuarto, sobre decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado UE por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas. Pues bien, según el Gobierno francés, una interpretación extensiva del concepto de «medida restrictiva» tiene consecuencias sobre la interpretación de los requisitos de admisibilidad de los recursos de anulación y de los basados en la excepción de ilegalidad prevista en el artículo 277 TFUE. Por último, según este último Gobierno y el Consejo, tal ampliación puede además extenderse asimismo al procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia. Ahora bien, señalan, este procedimiento no puede iniciarse en realidad sino cuando se alega ante el TEDH una violación del CEDH relacionada con una medida restrictiva, so pena de ampliar las competencias del Tribunal de Justicia.

132. Seguidamente, el Gobierno francés y el Consejo consideran que la distinción establecida por la Comisión entre medidas que tengan efectos vinculantes y medidas carentes de tales efectos no tiene fundamento, ya que lo único que importa es saber si se trata de una «medida restrictiva» en el sentido del artículo 275 TFUE. Pues bien, afirman que el concepto de «medida restrictiva» no puede depender del mero hecho de que una medida pueda vulnerar derechos fundamentales de los particulares, puesto que tal definición va más allá de la letra del artículo 215 TFUE, apartado 2, y priva de efecto útil al artículo 275 TFUE, párrafo primero.

133. Por consiguiente, aunque, según el Consejo, el Tribunal de Justicia sigue siendo competente para conocer de una excepción de ilegalidad con arreglo al artículo 277 TFUE, no lo es en cambio, según el Gobierno polaco, para conocer de la validez de otras medidas que no sean medidas restrictivas mediante la remisión prejudicial, ni según el Gobierno francés y el Consejo, para pronunciarse sobre recursos de responsabilidad extracontractual por los que se solicite la reparación de un daño sufrido como consecuencia de un acto o una medida en materia de PESC. Según los Gobiernos francés y neerlandés y el Consejo, el concepto de «medidas restrictivas» únicamente incluye las «decisiones sancionadoras» adoptadas contra personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la limitación de su admisión en el territorio de los Estados miembros y la congelación de sus fondos y recursos económicos, lo que se refiere, pues, tanto a los actos de base fundados en el artículo 31 TUE, apartado 1, como a los actos de ejecución basados en el apartado 2 de ese mismo artículo.

134. A este respecto, el Gobierno francés precisa que la sentencia Segi y otros/Consejo (EU:C:2007:116), relativa a la admisibilidad de las remisiones prejudiciales en el marco del antiguo «tercer pilar» no es extrapolable a este caso, puesto que, contrariamente al artículo 35 UE, apartado 1, el artículo 275 TFUE no concede ninguna competencia con carácter prejudicial al Tribunal de Justicia.

135. Por último, según el Gobierno francés, el hecho de que esta interpretación del artículo 275 TFUE pueda privar a los particulares de la tutela judicial efectiva frente a determinados actos pertenecientes al ámbito de la PESC no puede bastar para conferir al Tribunal de Justicia una competencia no prevista por los Tratados. Según los Gobiernos

francés, polaco, finlandés y sueco, precisamente para evitar que la Unión sea sistemáticamente condenada por la violación de los artículos 6 y 13 del CEDH, el artículo 1, apartado 4, del Proyecto de acuerdo y los puntos 23 y 24 del Proyecto de informe explicativo precisan que corresponde a los Estados miembros garantizar la protección del derecho al juez y del derecho a un recurso judicial efectivo, especialmente teniendo en cuenta que, según el Consejo, la Unión no goza de inmunidad de jurisdicción alguna, de conformidad con el Protocolo (nº 7) sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea anejo a los Tratados UE, FUE y CEEA, de suerte que puede ser demandada ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro mediante una acción de indemnización. Por lo demás, según dicha Institución, la cuestión de si el sistema de tutela judicial en materia de PESC se ajusta a lo dispuesto en los mencionados artículos 6 y 13 únicamente es pertinente en lo que respecta a los actos en materia de PESC imputables a la Unión, relativos tanto a las operaciones militares como a las operaciones civiles, puesto que incumbe a los Estados miembros garantizar la efectividad de esa tutela frente a tales actos cuando sean imputables a los Estados miembros.

136. Por lo que respecta al procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, en primer lugar, el Gobierno del Reino Unido sostiene que dicho procedimiento no es necesario para considerar el Proyecto de acuerdo compatible con los Tratados, puesto que, dada la naturaleza declarativa de las resoluciones del CEDH, éstas no tienen ningún efecto sobre la validez del Derecho de la Unión. En cualquier caso, según el Gobierno búlgaro, no es necesario iniciar dicho procedimiento cuando el Tribunal de Justicia ya se haya pronunciado sobre la validez del acto de que se trate a la luz del derecho fundamental correspondiente de la Carta, habida cuenta tanto del artículo 52, apartado 3, de ésta como de la presunción de protección equivalente de que goza el Derecho de la Unión por parte de la jurisprudencia del TEDH (Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret anonim Şirketi c. Irlanda*, nº 45036/98, § 155).

137. Seguidamente, según el Gobierno checo, Irlanda y los Gobiernos helénico, español y del Reino Unido, aunque el procedimiento de intervención previa atribuya al Tribunal de Justicia funciones adicionales con respecto a las que ya tiene encomendadas por los Tratados, ello no significa sin embargo que el Proyecto de acuerdo amplíe las competencias del Tribunal de Justicia, dado que tales funciones adicionales no desvirtúan las competencias actuales de éste (dictámenes 1/92, EU:C:1992:189, apartado 32; 1/00, EU:C:2002:231, apartados 21, 23 y 26, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 75). Además, según los Gobiernos danés y húngaro, la posibilidad de que el Tribunal de Justicia se pronuncie en el marco de la intervención previa se deriva natural y necesariamente de los propios Tratados y, en particular, del artículo 6 TUE, apartado 2. Así pues, aunque según los Gobiernos francés y austriaco, no sea necesario modificar los Tratados, la decisión del Consejo adoptada en virtud del artículo 218 TFUE, apartado 8, es suficiente, según los Gobiernos danés, alemán y austriaco, para atribuir esta nueva función al Tribunal de Justicia, puesto que tal decisión debe ser aprobada por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. A este respecto, no obstante, el Parlamento alega asimismo que, dado que las decisiones del Consejo sobre la

celebración de acuerdos internacionales únicamente confieren en principio fuerza jurídica a un acuerdo celebrado por la Unión, es dudoso que tales decisiones puedan tener un contenido normativo propio, más aún teniendo en cuenta que no están «sujetas a enmienda por el Parlamento».

138. Atendiendo al respeto a las atribuciones de las instituciones, y sin llegar a la conclusión de que el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia sea contrario a las exigencias del Protocolo nº 8 UE, el Gobierno polaco alega que reconocer a la Comisión el derecho a formular al Tribunal de Justicia solicitudes de resolución en materia de validez e interpretación de disposiciones de actos jurídicos de la Unión, al margen de los artículos 263 TFUE y 267 TFUE, podría conducir a desvirtuar las competencias de las instituciones, tanto de la Comisión como del propio Tribunal de Justicia y a eludir los requisitos de admisibilidad exigidos por las citadas disposiciones. Afirma, por ejemplo, que en virtud del artículo 263 TFUE, párrafo sexto, una institución puede interponer recurso de anulación contra un acto de la Unión dentro del plazo de dos meses contados desde la publicación del acto o desde su notificación al demandante. Ahora bien, en el caso de que la Comisión no hubiese interpuesto recurso de anulación dentro de dicho plazo, podría lograr la anulación del acto mediante el procedimiento de intervención previa, eludiendo de este modo el cumplimiento del citado plazo. Asimismo, según el Gobierno polaco, las competencias del Tribunal de Justicia podrían experimentar importantes modificaciones, dado que si bien actualmente el artículo 267 TFUE reserva exclusivamente a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros la posibilidad de presentar peticiones de decisión prejudicial, tras la adhesión, el Tribunal de Justicia interpretaría asimismo el Derecho de la Unión a petición de la Comisión. Pues bien, señala, el Tribunal de Justicia, al igual que las demás instituciones de la Unión, no dispone de competencias generales y su competencia se limita a los asuntos que se le someten. Por lo tanto, la posibilidad de que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre cuestiones planteadas por la Comisión debería tener un fundamento específico en el Tratado, cosa que no sucede actualmente.

139. Por otra parte, según los Gobiernos neerlandés y austriaco, aunque el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia deba tener en cuenta los imperativos de celeridad, ha de ser más completo que el actual procedimiento prejudicial de urgencia previsto en el artículo 23 *bis* del Estatuto del Tribunal de Justicia y permitir a todos los Estados miembros presentar observaciones escritas. En cualquier caso, según el Gobierno neerlandés, dicho procedimiento debe regirse no ya por disposiciones específicas de la decisión del Consejo por la que se celebra el Acuerdo de adhesión, sino directamente por el Estatuto del Tribunal de Justicia y su Reglamento de Procedimiento.

140. Por último, el Consejo sostiene que el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse previamente al TEDH sobre el respeto de los derechos fundamentales por los actos directa o indirectamente imputables a la Unión en el ámbito de la PESC debe ser el mismo que el de su competencia interna en ese ámbito. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia habrá de pronunciarse previamente en los asuntos contra uno

o varios Estados miembros en los que la Unión sea codemandada, en relación con un acto de ejecución por un Estado miembro de un acto de la Unión adoptado en el ámbito de la PESC, cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 275 TFUE. Si el Tribunal de Justicia decidiese que efectivamente se excedieron los límites establecidos en el artículo 40 TUE y que el acto en cuestión no debería haberse adoptado tomando como base el capítulo del Tratado UE relativo a la PESC, entonces sería competente para pronunciarse también sobre la interpretación y la validez del acto en cuestión, puesto que no se trataría de un acto perteneciente al ámbito de la PESC. Según el Consejo, el hecho de que los actos de la Unión en el ámbito de la PESC que no afecten directamente a las personas no puedan ser anulados por una autoridad judicial dentro del sistema de tutela judicial de la Unión no implica que dicho sistema viole el CEDH.

5. El artículo 2, segunda frase, del Protocolo nº 8 UE

141. Algunos Estados miembros alegan que, contrariamente a lo que afirma la Comisión, la adhesión de la Unión al CEDH y, en su caso, a aquellos de sus Protocolos que no hayan sido aún ratificados por todos los Estados miembros sí conlleva obligaciones para los Estados miembros en virtud del artículo 216 TFUE. Si bien, para el Gobierno alemán, ello implica que la adhesión a esos Protocolos infringe la segunda frase del artículo 2 del Protocolo nº 8 UE, el Gobierno checo concluye en sentido contrario, dado que la fuente de las citadas obligaciones sería el artículo 216 TFUE, apartado 2, y no el propio CEDH. En cualquier caso, según este último Gobierno, la adhesión a esos Protocolos únicamente podría realizarse mediante el procedimiento establecido en el artículo 218 TFUE, lo que permitiría, en su caso, recabar la opinión del Tribunal de Justicia.

142. Por otra parte, según el Gobierno polaco, aun suponiendo que la Unión dispusiese de competencia para celebrar Protocolos que aún no hayan sido ratificados por todos los Estados miembros, no puede excluirse que, en caso de adhesión a alguno de estos Protocolos, un Estado miembro que no lo haya ratificado manifieste en el Consejo su consentimiento para obligarse por mediación de la Unión y, posteriormente, «apruebe» la decisión de obligarse por dicho Protocolo de este modo. Ese Estado únicamente quedaría obligado entonces por el citado Protocolo dentro del ámbito de competencia de la Unión. Ahora bien, según dicho Gobierno, esta solución plantea dudas, en particular habida cuenta de la necesidad de aplicar el Derecho de manera coherente, transparente y uniforme, dudas que revisten especial importancia en lo que atañe a los Protocolos relativos a las materias pertenecientes al ámbito de las competencias compartidas.

6. El artículo 3 del Protocolo nº 8 UE

143. Por lo que respecta a la observancia del artículo 344 TFUE, si bien el Gobierno helénico considera ocioso establecer la inadmisibilidad de un recurso entre Estados miembros ante el TEDH, puesto que tal recurso está ya prohibido por el artículo 344 TFUE, el Gobierno francés precisa no obstante que debe mantenerse la posibilidad de que un Estado miembro intervenga como tercero coadyuvante en apoyo de alguno de sus nacionales en un asunto entre éste y otro Estado miembro del que esté conociendo

dicho órgano jurisdiccional, aun cuando ese último Estado miembro actúe dentro del marco de la aplicación del Derecho de la Unión.

## **VIII. Apreciación del Tribunal de Justicia**

### *A. Sobre la admisibilidad*

144. Algunos Estados miembros que han participado en el presente procedimiento expresaron dudas sobre la admisibilidad de la solicitud de dictamen de la Comisión, por contener ésta apreciaciones relativas a las normas internas.

145. Procede recordar a este respecto que, a tenor del artículo 218 TFUE, apartado 11, el Parlamento, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con las disposiciones de los Tratados de cualquier acuerdo previsto. Esa disposición tiene por objeto evitar las complicaciones a que daría lugar la impugnación judicial de la compatibilidad con los Tratados de los acuerdos internacionales que obligan a la Unión (véanse los dictámenes 2/94, EU:C:1996:140, apartado 3; 1/08, EU:C:2009:739, apartado 107, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 47).

146. En efecto, una resolución judicial que declarara en su caso, tras la conclusión de un acuerdo internacional que obligara a la Unión, que tal acuerdo, a la vista de su contenido o del procedimiento seguido para su celebración, es incompatible con las disposiciones del Tratado no dejaría de provocar, no sólo en el plano interno de la Unión, sino también en el de las relaciones internacionales, serias dificultades y podría perjudicar a todas las partes interesadas, incluidos los terceros Estados (véanse los dictámenes 3/94, EU:C:1995:436, apartado 17, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 48).

147. Para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre la compatibilidad de las disposiciones de un acuerdo previsto con las reglas del Tratado, debe disponer de información suficiente sobre el contenido mismo de ese acuerdo (véanse los dictámenes 2/94, EU:C:1996:140, apartados 20 a 22, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 49).

148. En el presente caso, la Comisión ha transmitido al Tribunal de Justicia los Proyectos de instrumentos de adhesión sobre los que los negociadores han alcanzado ya un acuerdo de principio. El conjunto de estos instrumentos proporciona un marco suficientemente completo y preciso de las condiciones en que debería producirse la adhesión prevista y permite por lo tanto al Tribunal de Justicia apreciar la compatibilidad de dichos Proyectos con los Tratados.

149. En cambio, por lo que respecta a las normas internas, dado que éstas aún no han sido aprobadas, su contenido es sólo hipotético, y, en cualquier caso, su carácter de Derecho interno de la Unión excluye que puedan ser objeto del presente procedimiento de dictamen, que únicamente puede referirse a acuerdos internacionales que la Unión haya previsto celebrar.



150. Por lo demás, la comprobación que ha de efectuar el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento de dictamen, y que puede llevarse a cabo sin tener en cuenta el contenido de las normas internas que hayan de adoptarse en el futuro, está estrictamente enmarcada dentro de los Tratados, de forma que, so pena de invadir las competencias de las demás instituciones encargadas de establecer las normas internas necesarias para hacer operativo el Acuerdo de adhesión, el Tribunal de Justicia debe limitarse a examinar la conformidad del mismo con los Tratados y asegurarse no sólo de que dicho Acuerdo no infringe ninguna disposición del Derecho primario, sino también de que contiene todas las disposiciones que éste pudiera, en su caso, exigir.

151. De ello se desprende que las apreciaciones relativas a las citadas normas internas formuladas tanto por la Comisión como por los Estados miembros y las demás instituciones que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no son pertinentes para el examen de la presente solicitud de dictamen y, en consecuencia, no pueden cuestionar su admisibilidad.

152. Por consiguiente, la presente solicitud de dictamen es admisible.

## B. *Sobre el fondo*

### 1. Consideraciones preliminares

153. Antes incluso de iniciar el análisis de la solicitud de la Comisión, es importante señalar, con carácter preliminar, que, a diferencia del estado del Derecho comunitario vigente en el momento en que el Tribunal de Justicia emitió su dictamen 2/94 (EU:C:1996:140), la adhesión de la Unión al CEDH dispone, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de una base jurídica específica en el artículo 6 TUE.

154. Esta adhesión sigue caracterizándose, no obstante, por importantes peculiaridades.

155. En efecto, desde que se adoptó el CEDH, únicamente pueden ser partes de él las entidades estatales, lo que explica que, hasta hoy, este Convenio únicamente obligue a Estados. Así lo corrobora, además, la circunstancia de que, para permitir la adhesión de la Unión, no solo se modificó el artículo 59 del CEDH, sino que el propio acuerdo previsto contiene una serie de modificaciones de dicho Convenio para hacer operativa esa adhesión en el marco del sistema que éste establece.

156. Ahora bien, esas modificaciones se justifican precisamente por el hecho de que, contrariamente a cualquier otra Parte Contratante, la Unión, desde el punto de vista del Derecho internacional, no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado.

157. En efecto, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales

(véanse, en particular, las sentencias van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, y Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158, y el dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65).

158. Ahora bien, la circunstancia de que la Unión esté dotada de un ordenamiento jurídico de una nueva índole, con una naturaleza específica, un marco constitucional y principios fundacionales propios, una estructura institucional particularmente elaborada y un conjunto completo de normas jurídicas que aseguran su funcionamiento, entraña consecuencias en lo que respecta al procedimiento y las condiciones de una adhesión al CEDH.

159. Precisamente en atención a esta circunstancia, los Tratados someten esta adhesión al cumplimiento de diversos requisitos.

160. Así, en primer lugar, tras haber dispuesto que la Unión se adherirá al CEDH, el artículo 6 TUE, apartado 2, precisa de entrada, en su segunda frase, que «esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

161. Seguidamente, el Protocolo nº 8 UE, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, prevé que el acuerdo de adhesión debe reflejar la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión y garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, ni a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, ni tampoco al artículo 344 TFUE.

162. Por último, mediante la Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa convino en que la adhesión debe realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión.

163. En el marco de la misión que le encomienda el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo primero, incumbe al Tribunal de Justicia controlar, especialmente a la luz de las citadas disposiciones, que las condiciones jurídicas en que se pretende llevar a cabo la adhesión de la Unión al CEDH sean conformes con las prescripciones indicadas, y, de modo más general, con la carta constitucional fundamental de la Unión que son los Tratados (sentencia Les Verts/Parlamento, 294/83, EU:C:1986:166, apartado 23).

164. A efectos de este control, es importante señalar que, como se desprende de los apartados 160 a 162 del presente dictamen, las condiciones a las que los Tratados supeditan la adhesión están destinadas, muy especialmente, a garantizar que ésta no afecte a las características específicas de la Unión y de su Derecho.

165. A este respecto, procede señalar que entre esas características figuran las relativas a la estructura constitucional de la Unión, que tiene su reflejo en el principio de atribución de competencias consagrado en los artículos 4 TUE, apartado 1, y 5 TUE, apartados 1 y 2, así como en el marco institucional definido en los artículos 13 TUE a 19 TUE.

166. Se añaden a ello las características específicas inherentes a la naturaleza misma del Derecho de la Unión. En particular, como ha señalado en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión se caracteriza por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias *Costa*, EU:C:1964:66, pp. 1159 y 1160, e *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, apartado 3, los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartado 21, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65, y la sentencia *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 59), y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos (sentencia *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, p. 23, y dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65).

167. Estas características esenciales del Derecho de la Unión han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí, que están ahora comprometidos, como se recuerda en el artículo 1 TUE, párrafo 2, en un «proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa».

168. Tal construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica.

169. En el corazón de esa construcción jurídica figuran, además, los derechos fundamentales reconocidos en la Carta —que, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados—, cuyo respeto constituye un requisito de legalidad de los actos de la Unión, de suerte que no pueden admitirse en la Unión medidas incompatibles con esos mismos derechos (véanse las sentencias *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 41; *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, apartado 14; *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 73, y *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, EU:C:2008:461, apartados 283 y 284).

170. Ahora bien, la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, apartado 4, y *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, EU:C:2008:461, apartados 281 a 285).

171. Por lo que respecta a la estructura de la Unión, es importante subrayar que la Carta no sólo obliga a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino también a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, apartados 17 a 21).

172. Por su parte, la persecución de los objetivos de la Unión, recordados en el artículo 3 TUE, se confía a una serie de disposiciones fundamentales, como las que establecen la libertad de circulación de mercancías, servicios, capitales y personas, la ciudadanía de la Unión, el espacio de libertad, seguridad y justicia y la política de competencia. Estas disposiciones, que se integran en el marco de un sistema propio de la Unión, están estructuradas de forma que contribuyan, cada una en su ámbito específico y con sus características particulares, a la realización del proceso de integración que constituye la razón de ser de la propia Unión.

173. Asimismo, incumbe a los Estados miembros, singularmente en virtud del principio de cooperación leal, establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, asegurar en su respectivo territorio la aplicación y el respeto del Derecho de la Unión. Además, en virtud del párrafo segundo del mismo apartado, los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión (dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 68 y jurisprudencia citada).

174. Para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía de ese ordenamiento jurídico, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión.

175. En ese marco, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables (dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 68 y jurisprudencia citada).

176. En particular, la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23).

177. Por lo tanto, los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos en particular en la Carta, deben interpretarse y aplicarse en la Unión respetando ese marco constitucional recordado en los apartados 155 a 176.

## 2. Sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con el Derecho primario de la Unión

178. Para pronunciarse sobre la solicitud de dictamen de la Comisión, es preciso tanto verificar si el acuerdo previsto puede afectar a las características específicas del Derecho de la Unión que acaban de recordarse y, como ha subrayado la propia Comisión, a la autonomía de ese Derecho en la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales — tal como los reconoce el Derecho de la Unión y, en particular, la

Carta—, como examinar si los mecanismos institucionales y procedimentales previstos por dicho acuerdo garantizan el respeto de los requisitos a que los Tratados supeditaron la adhesión de la Unión al CEDH.

a) Sobre las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión

179. Debe recordarse que, según el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. No obstante, dado que la Unión no se ha adherido a dicho Convenio, éste no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias Kamberaj, C-571/10, EU:C:2012:233, apartado 60, y Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, apartado 44).

180. En cambio, como consecuencia de la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligaría, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión (sentencia Haegeman, 181/73, EU:C:1974:41, apartado 5; dictamen 1/91, EU:C:1991:490, apartado 37, y sentencias IATA y ELFAA, C-344/04, EU:C:2006:10, apartado 36, y Air Transport Association of America y otros, C-366/10, EU:C:2011:864, apartado 73).

181. Por lo tanto, la Unión, como cualquier otra Parte Contratante, estaría sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades que la Unión se comprometería a respetar con arreglo al artículo 1 del CEDH. En este contexto, la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH.

182. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha precisado, ciertamente, que un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión, especialmente cuando, como en el presente caso, la celebración de tal acuerdo está prevista en los propios Tratados. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere (véanse los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartados 40 y 70, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 74).

183. No obstante, el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que un acuerdo internacional únicamente puede afectar a sus propias competencias si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario (véanse los dictámenes 1/00, EU:C:2002:231, apartados 21, 23 y 26, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 76; véase

asimismo, en este sentido, la sentencia Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, EU:C:2008:461, apartado 282).

184. En particular, la intervención de los órganos a los que el CEDH confiere competencias decisorias, contemplada en el acuerdo previsto, no debe tener como efecto imponer a la Unión y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas del Derecho de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartados 30 a 35, y 1/00, EU:C:2002:231, apartado 13).

185. Ahora bien, es ciertamente inherente al concepto mismo de control externo que, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH vincularía, en virtud del Derecho internacional, a la Unión y a sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, y que, por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por dicho Convenio no vincularía a los mecanismos de control establecidos por éste, y muy especialmente, al TEDH, como se prevé en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo y se aclara en el punto 68 del Proyecto de informe explicativo.

186. No obstante, no puede suceder lo mismo con la interpretación que da el Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión, incluida la Carta. En particular, las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH.

187. A este respecto, es importante recordar, en primer lugar, que el artículo 53 de la Carta establece que ninguna de sus disposiciones debe interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros.

188. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha interpretado esta disposición en el sentido de que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (sentencia Melloni, EU:C:2013:107, apartado 60).

189. Como quiera que el artículo 53 del CEDH reserva, en lo sustancial, a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio, es preciso garantizar la coordinación entre la citada disposición y el artículo 53 de la Carta, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

190. Ahora bien, no se ha establecido ninguna disposición en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación.

191. En segundo lugar, procede recordar que el principio de confianza mutua entre Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Pues bien, dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho (véanse, en este sentido, las sentencias N. S. y otros, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, apartados 78 a 80, y Melloni, EU:C:2013:107, apartados 37 y 63).

192. Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión.

193. Pues bien, el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto, consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante, ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la Unión y, en particular, no toma en consideración la circunstancia de que los Estados miembros, debido a su pertenencia a la Unión, han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

194. En la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la Unión y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión, exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión.

195. Ahora bien, nada se ha previsto en el acuerdo proyectado para prevenir este resultado.

196. En tercer lugar, es importante subrayar que el Protocolo nº 16 permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la

aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos, mientras que el Derecho de la Unión exige, a tal efecto, que esos mismos órganos jurisdiccionales planteen una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia al amparo del artículo 267 TFUE.

197. Si bien es cierto que el acuerdo previsto no contempla la adhesión de la Unión como tal al citado Protocolo nº 16 y que dicho Protocolo fue firmado el 2 de octubre de 2013, es decir, después de alcanzado el acuerdo entre los negociadores sobre los proyectos de instrumentos de adhesión, a saber, el 5 de abril de 2013, no lo es menos que, puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE.

198. No puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo nº 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE, que, como se ha recordado en el apartado 176 del presente dictamen, constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados.

199. Ahora bien, al no establecer nada en cuanto a la articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE, el acuerdo previsto puede afectar a la autonomía y la eficacia de este último procedimiento.

200. Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que la adhesión de la Unión al CEDH tal como está prevista en el Proyecto de acuerdo puede afectar a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía.

b) Sobre el artículo 344 TFUE

201. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos (véanse, en este sentido, los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartado 35, y 1/00, EU:C:2002:231, apartados 11 y 12, y las sentencias Comisión/Irlanda, C-459/03, EU:C:2006:345, apartados 123 y 136, y Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, EU:C:2008:461, apartado 282).



202. Por otra parte, la obligación de los Estados miembros de recurrir a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Derecho de la Unión — y, en particular, de respetar las competencias del Tribunal de Justicia, que constituyen un rasgo fundamental del sistema de la Unión — debe interpretarse como una manifestación específica de su deber más general de lealtad que resulta del artículo 4 TUE, apartado 3 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Irlanda, EU:C:2006:345, apartado 169), entendiéndose que, en virtud de dicha disposición, la citada obligación se aplica asimismo en las relaciones recíprocas entre los Estados miembros y la Unión.

203. Atendiendo, precisamente, a estas consideraciones, el artículo 3 del Protocolo nº 8 UE dispone expresamente que el acuerdo de adhesión no afectará al artículo 344 TFUE.

204. No obstante, según se ha precisado en el apartado 180 del presente dictamen, como consecuencia de la adhesión, el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión. Por consiguiente, cuando se cuestiona éste, el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva para conocer de cualquier litigio entre Estados miembros y entre éstos y la Unión relativo al cumplimiento de dicho Convenio.

205. Ahora bien, contrariamente al convenio internacional de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Irlanda (EU:C:2006:345, apartados 124 y 125), que preveía expresamente que el régimen de solución de controversias propio del Derecho de la Unión prevalece, en principio, sobre el establecido por dicho convenio, el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 33 del CEDH puede aplicarse a cualquier Parte Contratante y, por lo tanto, también a los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, aun cuando se cuestione el Derecho de la Unión.

206. A este respecto, contrariamente a lo que se afirma en algunas de las observaciones sometidas al Tribunal de Justicia en el marco del presente procedimiento, el hecho de que el artículo 5 del Proyecto de acuerdo prevea que los procedimientos ante el Tribunal de Justicia no deben considerarse modos de solución de controversias a los que las Partes Contratantes renuncian con arreglo al artículo 55 del CEDH, no basta para preservar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia.

207. En efecto, el artículo 5 del Proyecto de acuerdo se limita a reducir el alcance de la obligación prevista en el citado artículo 55 del CEDH, pero deja subsistente la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH, con arreglo al artículo 33 del CEDH, que tenga por objeto una supuesta violación de éste cometida, respectivamente, por un Estado miembro o por la Unión, en relación con el Derecho de la Unión.

208. La existencia misma de esta posibilidad vulnera la exigencia enunciada en el artículo 344 TFUE.

209. Ello es tanto más cierto cuanto que, si la Unión o los Estados miembros planteasen efectivamente un litigio entre ellos ante el TEDH, éste debería, en virtud del artículo 33 del CEDH, conocer de ese litigio.

210. Pues bien, a diferencia de las disposiciones de los Tratados que regulan los distintos procedimientos jurisdiccionales internos de la Unión, las cuales persiguen objetivos que les son propios, el artículo 344 TFUE tiene precisamente por objeto preservar el carácter exclusivo de los modos de solución de esos litigios dentro la Unión, y en particular de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia a ese respecto, y se opone por tanto a cualquier control externo anterior o posterior.

211. Por lo demás, el propio artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE se refiere únicamente a los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos ante el TEDH por terceros Estados se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

212. Por consiguiente, el hecho mismo de que los Estados miembros o la Unión tengan la posibilidad de interponer una demanda ante el TEDH puede frustrar el objetivo del artículo 344 TFUE y es, además, contrario a la propia naturaleza del Derecho de la Unión, que, como se ha recordado en el apartado 193 del presente dictamen, impone que las relaciones entre los Estados miembros se rijan por ese Derecho, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

213. En tales circunstancias, únicamente sería compatible con el artículo 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión.

214. Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el acuerdo previsto puede afectar al artículo 344 TFUE.

#### c) Sobre el mecanismo del codemandado

215. El mecanismo del codemandado fue introducido, como se desprende del apartado 39 del Proyecto de informe explicativo, para «evitar cualquier laguna en el sistema del [CEDH] relacionada con la participación, la responsabilidad y la eficacia frente a terceros», laguna que, habida cuenta de las características específicas de la Unión, podría resultar de la adhesión de ésta a dicho Convenio.

216. Además, este mecanismo tiene asimismo como finalidad garantizar que, con arreglo a lo exigido por el artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE, los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

217. No obstante, tales finalidades deben perseguirse de forma que sean compatibles con la exigencia de garantizar que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, como exige el artículo 1 del citado Protocolo.

218. Pues bien, en primer lugar, el artículo 3, apartado 5, del Proyecto de acuerdo prevé que una Parte Contratante se convierte en codemandada bien aceptando una invitación del TEDH, bien por decisión de éste a solicitud de la propia Parte Contratante.

219. Cuando el TEDH invita a una Parte Contratante a ser codemandada, tal invitación no es vinculante, como se aclara expresamente en el punto 53 del Proyecto de informe explicativo.

220. Esta falta de carácter vinculante refleja no sólo, como lo indica el citado apartado 53, el hecho de que la demanda inicial no se presenta contra el potencial codemandado y de que ninguna Parte Contratante podría ser obligada a ser parte en un procedimiento que no se ha dirigido contra ella en el escrito de demanda, sino también, y sobre todo, el hecho de que la Unión y los Estados miembros deben ser libres de apreciar si concurren los requisitos materiales establecidos para la aplicación del mecanismo del codemandado.

221. En efecto, dado que esos requisitos dependen, en lo sustancial, de las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros y los criterios de imputabilidad de un acto o una omisión que puedan constituir una violación del CEDH, la decisión sobre si tales requisitos se cumplen en un asunto determinado presupone necesariamente una aplicación del Derecho de la Unión.

222. Si bien el Proyecto de acuerdo tiene debidamente en cuenta estas consideraciones en lo que respecta a los criterios con arreglo a los cuales el TEDH puede invitar a una Parte Contratante a ser codemandada, no cabe decir lo mismo en el caso de una solicitud de una Parte Contratante en este sentido.

223. En efecto, como prevé el artículo 3, apartado 5, del Proyecto de acuerdo, cuando la Unión o los Estados miembros soliciten intervenir en calidad de codemandados en un asunto ante el TEDH, deberán presentar alegaciones para demostrar que concurren los requisitos para su participación en el procedimiento y el TEDH se pronuncia sobre esta solicitud a la vista de la verosimilitud de esas alegaciones.

224. Ciertamente es que, mediante ese control, el TEDH verifica, a la luz de tales alegaciones, si resulta verosímil que concurren los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del citado artículo 3 y que dicho control no afecta al fundamento de las alegaciones. No obstante, no es menos cierto que, mediante ese control, el TEDH se ve llamado a apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de sus actos u omisiones, con el fin de adoptar una decisión definitiva a este respecto que obliga tanto a los Estados miembros como a la Unión.

225. Tal control podría interferir con el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros.

226. En segundo lugar, el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo prevé que si se declara la existencia de la violación en relación con la cual una Parte Contratante es codemandada, demandado y codemandado son conjuntamente responsables de esa violación.

227. Pues bien, dicha disposición no excluye que un Estado miembro pueda ser considerado responsable, junto con la Unión, de la violación de una disposición del CEDH respecto de la cual ese mismo Estado miembro hubiese formulado una reserva con arreglo al artículo 57 del propio Convenio.

228. Esta consecuencia del citado artículo 3, apartado 7, tropieza con el artículo 2 del Protocolo nº 8 UE, según el cual el acuerdo de adhesión debe garantizar que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, y en particular de las reservas a éste.

229. En tercer lugar, el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo prevé, *in fine*, una excepción a la regla general según la cual el demandado y el codemandado son conjuntamente responsables de una violación declarada. En efecto, el TEDH, basándose en las alegaciones formuladas por el demandado y el codemandado, y tras oír al demandante, puede decidir que sólo uno de ellos será considerado responsable de dicha violación.

230. Ahora bien, una decisión relativa al reparto entre la Unión y sus Estados miembros de la responsabilidad por un acto u omisión que haya constituido una violación del CEDH declarada por el TEDH se basa también en la apreciación de las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros así como la imputabilidad de ese acto u omisión.

231. Por consiguiente, permitir que el TEDH adoptase una decisión de este tipo podría asimismo vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros.

232. No desvirtúa esta conclusión la circunstancia de que el TEDH debiera pronunciarse basándose exclusivamente en las alegaciones formuladas por el demandado y el codemandado.

233. En efecto, contrariamente a lo que afirman algunos de los Estados miembros que han participado en el presente procedimiento y la Comisión, no se desprende claramente de la lectura del artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo y del punto 62 del Proyecto de informe explicativo que la presentación de las alegaciones del demandado y del codemandado deba efectuarse de forma conjunta.

234. En cualquier caso, aun suponiendo que la solicitud de reparto de la responsabilidad se base en un acuerdo entre demandado y codemandado, esta circunstancia no sería

suficiente por sí sola para excluir por completo que se vulnere la autonomía del Derecho de la Unión. En efecto, la cuestión del reparto de la responsabilidad debe resolverse únicamente con arreglo a las normas del Derecho de la Unión pertinentes, bajo el control, en su caso, del Tribunal de Justicia, a quien corresponde la competencia exclusiva para asegurarse de que el acuerdo entre demandado y codemandado respeta dichas normas. Permitir que el TEDH convalidase un eventual acuerdo entre la Unión y sus Estados miembros sobre el reparto de la responsabilidad equivaldría a permitirle sustituir al Tribunal de Justicia a la hora de dirimir una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste.

235. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que el modo de funcionamiento del mecanismo del codemandado contemplado en el acuerdo previsto no garantiza que se preserven las características específicas de la Unión y de su Derecho.

d) Sobre el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia

236. Es cierto que la necesidad del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia está relacionada, como se desprende del punto 65 del Proyecto de informe explicativo, con el respeto del carácter subsidiario que caracteriza al mecanismo de control establecido por el CEDH, recordado en el apartado 19 del presente dictamen. No obstante, debe señalarse asimismo que este procedimiento es también necesario para garantizar el buen funcionamiento del sistema jurisdiccional de la Unión.

237. En este contexto, la necesidad de la intervención previa del Tribunal de Justicia en un asunto del que conozca el TEDH y en el que se cuestione el Derecho de la Unión responde a la exigencia de preservar las competencias de la Unión y las atribuciones de sus instituciones, en particular del Tribunal de Justicia, como exige el artículo 2 del Protocolo nº 8 UE.

238. Por lo tanto, con tal fin, es necesario en primer lugar, que quien determine si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH sea exclusivamente la institución competente de la UE, cuya decisión debería vincular al TEDH.

239. En efecto, permitir que el TEDH se pronuncie sobre esta cuestión equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

240. Pues bien, ni el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo, ni los puntos 65 y 66 del Proyecto de informe explicativo contienen elementos que permitan concluir que tal posibilidad está excluida.

241. Por consiguiente, el procedimiento de intervención previa debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la Unión para que la institución competente de ésta pudiese apreciar si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión que es objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar ese procedimiento.

242. En segundo lugar, debe señalarse que el procedimiento descrito en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo tiene por objeto permitir que el Tribunal de Justicia examine la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate con los derechos en cuestión garantizados por el CEDH o por los Protocolos a los que se haya adherido la Unión. El punto 66 del Proyecto de informe explicativo precisa que los términos «examinar la compatibilidad de la disposición» significan, en lo esencial, pronunciarse sobre la validez de una disposición del Derecho derivado o bien sobre la interpretación de una disposición del Derecho primario.

243. Resulta de ello que el acuerdo previsto excluye la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa.

244. No obstante, ha de señalarse que, del mismo modo que la interpretación previa del Derecho primario es necesaria para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre la conformidad de dicho Derecho con las obligaciones de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH, con ese mismo fin el Derecho derivado debería poder ser objeto de tal interpretación.

245. En efecto, la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, inclusive del Derecho derivado, exige en principio un pronunciamiento del Tribunal de Justicia cuando dicha disposición admite varias interpretaciones.

246. Pues bien, si no se permitiese al Tribunal de Justicia aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, se estaría vulnerando sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión.

247. Por consiguiente, la limitación del alcance del procedimiento de intervención previa, en lo que respecta al Derecho derivado, exclusivamente a las cuestiones de validez vulnera las competencias de la Unión y las atribuciones del Tribunal de Justicia por cuanto no le permite proporcionar la interpretación definitiva del Derecho derivado a la luz de los derechos garantizados por el CEDH.

248. Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que el modo de funcionamiento del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia establecido en el acuerdo previsto no permite preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho.

e) Sobre las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC

249. Resulta del artículo 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, que, en lo que respecta a las disposiciones de los Tratados que regulan la PESC, el Tribunal de Justicia únicamente

es competente para controlar el respeto del artículo 40 TUE y la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el artículo 275 TFUE, párrafo segundo.

250. A tenor de esta última disposición, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

251. Pese a la interpretación sistemática de estas disposiciones efectuada por la Comisión en su solicitud de dictamen y rebatida por algunos de los Estados miembros que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia, mediante la cual se pretende fundamentalmente definir el alcance del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la materia de modo suficientemente amplio para abarcar todas las situaciones que puedan ser objeto de una demanda ante el TEDH, procede señalar que el Tribunal de Justicia aún no ha tenido ocasión de precisar el alcance de las limitaciones de su competencia resultantes, en materia de PESC, de dichas disposiciones.

252. No obstante, con el fin de pronunciarse sobre la presente solicitud de dictamen, basta observar que, en el estado actual del Derecho de la Unión, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

253. Tal situación es inherente a la regulación de las competencias del Tribunal de Justicia establecida en los Tratados y, como tal, únicamente puede justificarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión.

254. Sin embargo, como consecuencia de la adhesión tal como está contemplada en el acuerdo previsto, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de ciertos actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del Tribunal de Justicia.

255. Tal situación equivaldría a encomendar el control jurisdiccional de dichos actos, acciones u omisiones de la Unión, aunque fuese un control restringido al respeto de los derechos garantizados por el CEDH, exclusivamente a un órgano externo a la Unión.

256. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse en exclusiva a un órgano jurisdiccional internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión (véase, en este sentido, el dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartados 78, 80 y 89).

257. Por consiguiente, aunque ello sea consecuencia de la regulación actual de las competencias del Tribunal de Justicia, no deja de ser cierto que el acuerdo previsto no

tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESCE.

258. A la luz del conjunto de las consideraciones anteriores, procede declarar que el acuerdo previsto **no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo nº 8 UE**, por cuanto:

— puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza la coordinación entre el artículo 53 del CEDH y el artículo 53 de la Carta, no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE;

— puede afectar al artículo 344 TFUE, en la medida en que no excluye la posibilidad de que se planteen ante el TEDH litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión;

— no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que permitan preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho, y

— no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESCE, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia (Pleno) emite el siguiente dictamen:

**El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.**

Firmas